Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale

a cura di
Gustavo Gozzi
e Pierangelo Schiera

Società editrice il Mulino Bologna

Istituto storico italo-germanico in Trento

Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale

Atti del seminario di studi, Trento 21-22 febbraio 1986
Ricerca finanziata dal CNR su «Costituzioni sociali, teorie dello Stato, ideologie in Germania, secoli XVII-XX»

Direttore della ricerca: Pierangelo Schiera

Il volume è pubblicato con un contributo del CNR

Annali dell'Istituto storico italo-germanico
Quaderno 24

Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale

a cura di Gustavo Gozzi e Pierangelo Schiera

Società editrice il Mulino Bologna

Sommario

Introduzione

di *Gustavo Gozzi* e *Pierangelo Schiera*

Gli atti raccolti in questo volume rappresentano la rielaborazione degli interventi presentati in occasione del seminario su «Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale» svoltosi a Trento nel febbraio del 1986. Esso intendeva ricollegarsi all'incontro che si era tenuto nel corso del 1985 presso l'Istituto storico italo-germanico di Trento e che aveva avuto come oggetto la «cultura politica e la società borghese in Germania fra Otto e Novecento», i cui atti sono già stati pubblicati in questa stessa collana.

Era parso dopo il seminario del 1985 che fosse importante approfondire il dibattito che si era sviluppato in Germania all'interno della teoria dello Stato dopo la crisi segnata dalla Prima guerra mondiale. Il problema affrontato all'epoca della repubblica di Weimar riguardava i limiti del metodo giuridico emersi in tutta la loro evidenza, ossia l'insostenibilità di una concezione esclusivamente giuridica dello Stato e la conseguente necessità di una rifondazione della dottrina dello Stato.

L'approccio prescelto per affrontare questa problematica nel seminario trentino mirava a mettere in luce la crisi istituzionale del *Kaiserreich* e l'affermarsi di una nuova dialettica politica, nonché il dibattito teorico che aveva tentato di fornirne una adeguata soluzione interpretativa.

Si trattava pertanto di approfondire in primo luogo i termini di quel dibattito favorendo la recezione degli autori che ne furono i protagonisti (oltre a Schmitt, soprattutto Heller, Smend e Preuß), ma la cui conoscenza in Italia era ancora indebitamente limitata.

Tuttavia l'indagine, com'era nelle consuetudini del gruppo di ricerca raccolto intorno all'Istituto storico italo-germanico, non intendeva limitarsi ai soli aspetti dottrinari o filosofico-politici del problema, ma mirava piuttosto a sottolineare l'emergenza della nuova problematica teorica in stretta connessione con il passaggio dal regime monarchico al regime parlamentare. Appare inoltre evidente come la prospettiva seguita abbia accentuato in modo particolare la ricerca sulle radici della repubblica di Weimar e dunque sulla sua continuità con il periodo bismarckiano e guglielmino. È in questo quadro sommariamente delineato che vanno posti i temi trattati dai saggi presentati in questa raccolta.

Weimar viene concepita come il risultato non di una rivoluzione, ma di un mutamento costituzionale, in cui sono presenti molti dei nodi irrisolti del *Kaiserreich*, come ad esempio la struttura federale dello Stato e la questione della Prussia.

All'interno del nuovo regime parlamentare, segnato dal dualismo di *Reichstag* e Presidente, la dottrina dello Stato si misura con il problema della democrazia discutendone le condizioni di possibilità. È questo il problema sul quale si soffermò in particolare la riflessione di Hermann Heller, il quale considerava possibile la democrazia solo sulla base della realizzazione di una situazione di omogeneità sociale.

Heller coglie lucidamente la graduale impotenza della democrazia parlamentare e la progressiva centralità del potere esecutivo, ma ribadisce la necessità che le decisioni assunte si riferiscano sempre alle condizioni sociali di tutti i cittadini. Solo così l'ordinamento normativo può realizzare una autentica integrazione della società (in queste analisi sono facilmente riconoscibili le lucide anticipazioni della problematica che la scienza politica contemporanea ha successivamente sviluppato sullo Stato interventista).

Il tema della creazione di un tessuto sociale omogeneo e della realizzazione di una integrazione della società nello Stato attraversa alcuni dei saggi riuniti nella presente rac-

colta. La fine della distinzione di Stato e società e l'emergenza di un tessuto sociale composito e fortemente articolato sulla base di organizzazioni partitiche e di una molteplicità di corpi sociali, pongono alla dottrina weimariana dello Stato l'arduo problema della ricomposizione dell'unità dello Stato.

L'impossibilità di riproporre la separatezza di uno Stato concepito unicamente come realtà giuridica impone alla teoria dello Stato di ricercarne una diversa fondazione, ad esempio in un approccio sociologico (Heller) o nelle scienze dello spirito (Smend).

Anche il diritto del lavoro cerca di realizzare una integrazione del lavoratore nell'impresa-comunità e di liberarlo dal «ghetto» della dipendenza economica, rivelando in questo tentativo (presente soprattutto nell'opera di uno dei suoi principali esponenti, H. Sinzheimer) l'influenza della matrice ebraica sulla nuova disciplina giuridica.

Il problema della integrazione concepita come possibile coesistenza di interessi e di organizzazioni all'interno di uno Stato-comunità, si risolve infine nell'indagine sulle condizioni di possibilità di un pluralismo che può esistere solo sulla base della accettazione di principi comuni. Tuttavia la riflessione sul tema della integrazione non prescinde mai dagli aspetti istituzionali che sono ad essa strettamente congiunti: dalla portata integratrice espressa dalle procedure parlamentari, al ruolo del governo e alla sua capacità di formulare la direzione generale dello Stato, alle ipotesi dei giuslavoristi di un inserimento dei sindacati nella organizzazione amministrativa del lavoro.

Infine nell'analisi condotta sul tema della possibile integrazione dello Stato, si rivela particolarmente illuminante l'esplicitazione del fondamento teologico-politico che orienta i diversi approcci e che consente di concepire l'unità politica dello Stato secondo distinte visioni religioso-teologiche: il protestantesimo prussiano (R. Smend) o il cattolicesimo romano (C. Schmitt), dai quali dipendono differenti interpretazioni dei diritti fondamentali, della teoria della democrazia, del concetto stesso di Stato.

Ma un'altra decisiva opposizione caratterizza i dibattiti weimariani, ed è quella che, attraverso l'aspro confronto con la scuola di Vienna di H. Kelsen, riguarda il problema della rottura o della continuità con la tradizione giuridica del secolo diciannovesimo. L'interpretazione che viene presentata tra i contributi di questi atti, sostiene una sostanziale continuità, soprattutto delle tesi di C. Schmitt, con la tradizione ottocentesca. Schmitt ripropone infatti contro la crisi del «politico» a livello parlamentare, la certezza del diritto attraverso la prassi giuridica esercitata dal giurista. Per questa via egli si ricollega alla concezione dello Stato amministrativo di O. Mayer e dunque al riconoscimento del potere cogente degli atti dello Stato contro ogni tentativo di dissoluzione pluralistica.

Al contrario Kelsen, che una vasta letteratura concepisce in una posizione di continuità con la linea che si snoda da Gerber a Laband a Jellinek, appare proprio il pensatore che ha rotto e innovato profondamente quella tradizione giuridica.

Negli *Hauptprobleme* Kelsen interpreta infatti lo Stato come uno dei molti soggetti giuridici e lo concepisce infine come il risultato del compromesso tra i molteplici interessi sociali: nulla di più lontano dalla concezione ottocentesca dello Stato-persona.

Anche il diritto amministrativo risente delle profonde innovazioni teoriche introdotte dalla scuola di Vienna. Attraverso l'opera di A. Merkl esso inscrive le funzioni amministrative all'interno dello Stato di diritto e, riconoscendo l'organizzazione procedimentale dell'amministrazione pubblica, individua la *Mitwirkung* del cittadino con l'azione dell'apparato amministrativo. Viene così teorizzata con precisione la complessità delle trasformazioni che accompagnano lo sviluppo dello Stato sociale amministrativo contemporaneo.

L'articolazione dei temi che sono stati qui brevemente delineati è stata affrontata secondo approcci tra loro assai diversi – istituzionale, giuridico, filosofico-politico – ma strettamente complementari nel tentativo di approfondire alcuni aspetti rilevanti della storia costituzionale tedesca tra Otto e Novecento.

Forme di integrazione sociale nella Costituzione di Weimar

di *Ilse Staff*

Il concetto di integrazione sociale usato nel presente scritto va inteso nel senso ad esso attribuito nella sociologia del diritto, ossia come integrazione di una società attraverso regole normative [1]. Il quesito delle possibilità e delle forme di integrazione sociale nel periodo della repubblica di Weimar è di particolare interesse, sotto il profilo della storia costituzionale e del diritto costituzionale, in quanto la gamma delle risposte date a questo quesito potrebbe fornire delle delucidazioni sui fattori giuridici e politici atti a sorreggere o impedire determinate forme di collettivizzazione.

Sono da considerare regole normative, secondo la Costituzione di Weimar (WRV),

— la stessa Costituzione weimariana;

— le leggi parlamentari prodotte sulla base degli Artt. 68 ss. della Costituzione weimariana;

— i «provvedimenti» di potere dittatoriale nel caso d'emergenza emanati sulla base dell'Art. 48 II e IV della Costituzione weimariana;

— i regolamenti giuridici dell'esecutivo non aventi carattere di legge.

[1] Cfr. H. HELLER, *Staatslehre*, in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von M. DRAHT-O. STAMMER-G. NIEMEJER-F. BORINSKI, 3 voll., Leiden 1971 (in seguito *GS*), vol. III, p. 79 (p. 288 s.; p. 363 s.); il concetto di integrazione sociale (normativa) di Heller viene ripreso dalla moderna sociologia giuridica, peraltro senza un corrispondente richiamo alla dottrina dello stato di Heller, cfr. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 2 voll., Reinbeck bei Hamburg 1972, vol. 1, p. 134 (con ulteriori documentazioni).

I. La pubblicistica dell'epoca di Weimar non era d'accordo sulla preferenza da attribuire a uno dei suddetti strumenti normativi di regolamentazione sotto l'aspetto della sua efficacia di integrazione sociale. Sono note le argomentazioni addotte a tale proposito, che possono essere sinteticamente descritte, nei loro principali filoni, come segue:

a) L'orientamento conservatore-borghese.
I sostenitori di questa corrente ricusarono come organo di rappresentanza del popolo il legislatore parlamentare ai sensi della Costituzione weimariana in quanto in esso – a differenza dei parlamenti tedeschi del XIX secolo – non era più rappresentata esclusivamente la borghesia bensì tutte le classi, per cui l'organo parlamentare mancava di quella omogeneità che, nella loro opinione, era l'unica a salvaguardare il principio egualitario democratico [2]. Carl Schmitt, vista l'inefficienza secondo lui inerente a un parlamento a struttura antagonistica, esaltò l'importanza dei poteri del presidente del Reich previsti dall'Art. 48 II WRV in quanto elementi stabilizzanti dello Stato [3]; il presidente del Reich assunse il ruolo che Ernst Rudolf Huber, in un'analisi retrospettiva della repubblica di Weimar, definì nel 1939, in senso approvativo, come «surrogato del monarca costituzionale» [4] e, nel 1981, come «organo sostitutivo» e come «necessario contropotere contro lo 'assolutismo parlamentare' che potrebbe insorgere al momento del passaggio al sistema di governo parlamenta-

[2] C. Schmitt, *Die Wendung zum totalen Staat*, in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles, 1923-1939*, Hamburg 1940, pp. 151-152; C. Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches – Der Sieg des Bürgers über den Soldaten*, Hamburg 1934, pp. 45-46; C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk* (1933), Hamburg 1934², pp. 24-25; C. Schmitt, *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie*, in *Positionen und Begriffe*, cit., p. 59 ss.; C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig 1932, p. 315.

[3] C. Schmitt, *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit* (1931), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin 1973², p. 235 ss. (p. 257 s.).

[4] E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, Hamburg 1937/1939, p. 17.

re», onde salvaguardare «l'esistenza del Reich e della sua costituzione» [5].

b) L'orientamento democratico.

I sostenitori di questa corrente sottolinearono l'importanza del parlamento come legislatore democratico nel quale, per la prima volta nella storia tedesca, erano rappresentati tutti i ceti economici e sociali e al quale spettava il «compito poco eroico» di «compensare i contrasti sociali in conformità alla forza dei singoli ceti e gruppi» [6]. Per quanto i sostenitori di questa dottrina decisamente democratica dell'epoca weimariana fossero unanimi nell'attribuire al parlamento, sotto l'aspetto costituzionale, l'assoluta priorità nella realizzazione dell'integrazione sociale, ben difformi furono le loro prognosi politiche e giuridiche.

Otto Kirchheimer riprese la valutazione della situazione costituzionale a suo tempo formulata da Lorenz von Stein con riferimento alla costituzione francese del 1795: «La sua caratteristica era quella di non sostenere nulla ma di permettere tutto» [7]. In altri termini, secondo Kirchheimer, solo una costituzione concepita in senso socialistico avrebbe potuto offrire al legislatore democratico una vera chance di cambiare l'ordinamento sociale esistente [8]. La costituzione weimariana, invece, offrì ai sostenitori (borghesi) di una conservazione dello status quo sociale ed economico un ricco strumentario atto ad impedire al parlamento, a mezzo di una «legalità a due gradi», ossia a mezzo di una «superlegalità» costruita sulla base di determinati articoli della costituzione (quali, in particolare, il

[5] E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 6, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1981, pp. 320-321.

[6] O. KIRCHHEIMER, *Legalität und Legitimität* (1932), in *Politische Herrschaft*, Frankfurt am Main 1967, 7 (26).

[7] L. VON STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, 3 Bde., Darmstadt 1959, Bd. 1, p. 395; inoltre O. KIRCHHEIMER, *Weimar-und was dann?* (1930), in *Politik und Verfassung*, Frankfurt am Main 1964, p. 9 (55).

[8] O. KIRCHHEIMER, *Weimar und was dann?*, cit., p. 54.

principio dell'eguaglianza previsto dall'Art. 109 WRV e la tutela della proprietà prevista dall'Art. 153 WRV), di emanare leggi che potessero avere effetti di ridistribuzione economica e sociale [9]. Per Kirchheimer il diritto di emanare decreti di emergenza, previsto dall'Art. 48 II WRV, era uno degli elementi a mezzo dei quali venne repressa la legalità di atti legislativi democratici e questi ultimi vennero sostituiti da provvedimenti esecutivi, legittimati con le finalità di volta in volta ritenute necessarie dall'esecutivo [10].

Franz. L. Neumann aveva assunto in un primo momento – in termini più ottimistici di Kirchheimer – la possibilità reale del legislatore democratico di Weimar di realizzare una configurazione socialistica dell'ordinamento giuridico [11], per poi tuttavia sottolineare, nel suo saggio del 1931 *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung* [12] e, ancora più decisamente, nel suo saggio del 1933, scritto durante l'emigrazione, *Der Niedergang der deutschen Demokratie* [13], che il sistema weimariano di democrazia parlamentare, «che era collocato tra socialismo e capitalismo») [14], era destinato a crollare dopo che alla fine degli anni Venti la permanente crisi economica si era esasperata, il parlamento aveva perso qualsiasi autorità e il potere esecutivo aveva costruito, all'interno della democrazia, un «antistato» il quale, soprattutto attraverso l'esercizio del potere dittatoriale, andava incontro all'agonia: «La democrazia tedesca si è suicidata

[9] Cfr. O. KIRCHHEIMER, *Legalität und Legitimität*, cit., p. 8 ss.; dello stesso autore, *Weimar – und was dann*, cit., p. 30 ss.; dello stesso autore, *Eigentumsgarantie in Reichsverfassung und Rechtsprechung* (1930), in *Funktionen des Staats und der Verfassung*, Frankfurt am Main 1972, p. 7 (16 ss.).

[10] O. KIRCHHEIMER, *Legalität und Legitimität*, cit., p. 14.

[11] F. L. NEUMANN, *Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung* (1930), in F. L. NEUMANN, *Wirtschaft, Staat, Demokratie*, hrsg. von A. SÖLLNER, Frankfurt am Main 1978, p. 57 (74).

[12] In F. L. NEUMANN, *Wirtschaft, Staat, Demokratie*, cit., p. 76.

[13] *Ibidem*, p. 103.

[14] F. L. NEUMANN, *Der Niedergang der deutschen Demokratie*, in *Wirtschaft, Staat, Demokratie*, cit., p. 109.

e, al tempo stesso, è stata assassinata. Questa democrazia senza democratici finì il 30 gennaio 1933 con la nomina di Hitler a cancelliere» [15].

Nel suo lavoro su *Die Herrschaft des Gesetzes* [16] e nel suo contributo *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* [17] Neumann, in un'analisi retrospettiva della repubblica di Weimar, ha illustrato che in uno Stato basato sul capitalismo monopolistico – e infatti il capitalismo monopolistico fu l'elemento caratteristico della repubblica di Weimar, per lo meno nella sua fase finale – ogni legislazione parlamentare era destinata a perdere la propria funzione di integrazione sociale allorché cercò di sviluppare un'azione regolatrice con leggi generali. I monopoli si oppongono generalmente alle regole normative per il semplice fatto che sono loro stessi a determinare i meccanismi di collettivizzazione; se «proprietà e proprietà concentrata sono un privilegio», il non intervento dello Stato è la stessa cosa dell'intervento [18]. Nell'ottica di Neumann, lo Stato basato sul capitalismo monopolistico non può mai essere uno Stato legiferante ma è sempre uno Stato che emana provvedimenti.

È Hermann Heller a sottolineare con maggiore enfasi la funzione di integrazione sociale del parlamento a struttura antagonistica nella repubblica di Weimar. Secondo lui tale parlamento, in un processo che si rinnova costantemente («un plébiscite de tous les jours»), si trova a dover rea-

[15] *Ibidem*, p. 119.

[16] F. L. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes* (1936), Frankfurt am Main 1980.

[17] F. L. NEUMANN, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* (1937), in F. L. NEUMANN, *Demokratischer und autoritärer Staat*, Frankfurt am Main 1967, p. 7.

[18] F. L. NEUMANN, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*, cit., p. 81; cfr. inoltre F. L. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes*, cit., p. 314 ss.; F. L. NEUMANN, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, cit., p. 32 ss.; cfr., sulla teoria del diritto di Franz L. Neumann, TH. BLANKE, *Kirchheimer, Neumann, Preuß: Die Radikalisierung der Rechtstheorie*, in *Recht, Demokratie und Kapitalismus*, hrsg. von J. PERELS, Baden-Baden 1984, p. 163 (167 ss.).

lizzare una «voluta unificazione politica dal basso in alto» [19]. Heller insistette sulla funzione del parlamento di trovare una compensazione tra gli interessi della borghesia e del proletariato in uno Stato sociale di diritto, e non abbandonò tale sua tesi neppure nella fase finale della repubblica di Weimar, quando era da tempo venuta meno la possibilità reale di addivenire a un consenso parlamentare e quando alla procedura legislativa parlamentare era subentrato il potere dittatoriale presidenziale previsto dall'Art. 48 WRV [20]. Da un lato Heller sottolineò i limiti costituzionali del potere dittatoriale del presidente del Reich [21], mentre dall'altro chiese con enfasi un governo forte, che per lui comprendeva, «in senso lato», il presidente del Reich, onde veder garantita la conservazione dello Stato democratico [22].

II. Riprendo ora la teoria dello Stato di Hermann Heller perché secondo me, con riferimento alla questione dell'integrazione sociale all'interno del sistema organizzativo di una democrazia parlamentare, permette delle conclusioni più ampie.

La teoria dello Stato sociale di diritto sviluppata da Heller è stata finora analizzata e recepita sempre sotto due aspetti portanti: da un lato – con esplicito richiamo a Heller e sotto la guida di Wolfgang Abendroth [23] – come

[19] H. HELLER, *Die Souveranität*, in *GS* II, p. 31 (92 ss.); H. HELLER, *Demokratie und soziale Homogenität*, in *GS* II, p. 421 (425 ss.); circa il presupposto teoretico-democratico di Heller cfr. I. STAFF, *Staatslehre in der Weimarer Republik*, in *Staatslehre in der Weimarer Republik*, hrsg. von CH. MÜLLER-I. STAFF, Frankfurt am Main 1985 (stw 547), p. 7 (8 ss.).

[20] Cfr. al riguardo I. STAFF, *Staatslehre in der Weimarer Republik*, cit., p. 16 ss.

[21] H. HELLER, *Die Souveranität*, cit., p. 89 s., 121 s.

[22] H. HELLER, *Genie und Funktionär in der Politk*, in *GS* II, p. 611 (616 s. e 622/623).

[23] W. ABENDROTH, *Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland* (1954), in *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie*, Neuwied-Berlin 1967, p. 109 (112 ss.); dello stesso autore, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats* (1954), in *Arbeiterklasse, Staat und Verfassung*, hrsg. von J. PERELS, Frankfurt am Main-Köln 1975, p. 64 ss.; *Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag*

interpretazione del principio dello Stato sociale nel senso che l'ordinamento economico e sociale è a disposizione del legislatore democratico e quindi suscettibile di misure di ridistribuzione [24]; dall'altro come modello di integrazione statale che analizza, e quindi interpreta, inadeguatamente, le strategie generali – e specifiche nel caso della repubblica di Weimar – di radicalizzazione delle posizioni di potere statale [25]. Da parte mia ho sostenuto l'opinione che Heller ha sviluppato una teoria della democrazia sociale borghese, che ha riconosciuto chiaramente, ma elaborato insufficientemente sul piano teorico, il pericolo che le tendenze dittatoriali comportano per la democrazia [26]. Mentre ribadisco questa mia opinione desidero aggiungere, a titolo integrativo, la tesi che la discussione sul problema dell'integrazione sociale all'interno di un sistema organizzativo statale e, in particolare, all'interno del sistema organizzativo della repubblica di Weimar, è concentrata con eccessiva esclusività sulla problematica delle funzioni del potere parlamentare e del potere esecutivo di regolamentazione (legge generale o diritto di emanare provvedimenti), mentre viene insufficientemente posta in evidenza una questione molto più fondamentale, che viene trattata, ma risolta solo approssimativamente e in modo piuttosto globale, nella teoria dello Stato di Heller: la questione della formazione del consenso e delle premesse per la stabilità di società complesse ed esposte alle crisi, all'interno di una democrazia parlamentare.

Ulrich K. Preuß ha presentato nel 1973 un lavoro sulla

(1965), in *Arbeiterklasse, Staat und Verfassung*, cit., p. 179 ss.; *Die Stellung der Sozialisten zur bürgerlichen Demokratie, autoritärem Staat und Faschismus* (1970), in *Arbeiterklasse, Staat und Verfassung*, cit., p. 230 ss.

[24] Cfr. a questo proposito TH. BLANKE, *Kirchheimer, Neumann, Preuß: Die Radikalisierung der Rechtshteorie*, cit., p. 177 ss., con ulteriori documentazioni letterarie.

[25] E. HENNIG, *Nationalismus, Sozialismus und die "Form aus Leben": Hermann Hellers politische Hoffnung auf soziale Integration und staatliche Einheit*, in *Der soziale Rechtsstaat*, hrsg. von CH. MÜLLER-I. STAFF, Baden-Baden 1984, p. 273 ss.

[26] I. STAFF, *Staatslehre in der Weimarer Republik*, cit., p. 16 ss.

teoria del diritto che conferma il risultato delle analisi di F. L. Neumann [27], ribadendo cioè che in una società capitalistica i meccanismi di regolamentazione statale non possono mai funzionare sotto forma di leggi generali e calcolabili; per il mantenimento del processo capitalistico di collettivizzazione sono, anzi, indispensabili provvedimenti statali determinati da situazioni specifiche e volti a finalità concrete [28]. Senza soffermarmi sulle deduzioni storiche e teoriche della tesi, dettagliatamente effettuate dallo stesso Preuß [29], desidero fare un cenno al campo normativo di regolamentazione che illustra tale tesi: nell'epoca della repubblica di Weimar il diritto di emanare decreti d'emergenza in base all'Art. 48 II e IV WRV servì sin dall'inizio all'instaurazione e al mantenimento delle condizioni economiche di base, inizialmente accanto alla legislazione parlamentare e infine (a partire dal 1930) al posto della stessa; nella Repubblica Federale Tedesca il riferimento ad un sistema di valori esaltante i singoli diritti fondamentali garantiti dalla costituzione (ordinamento costituzionale libero-democratico), e il controllo globale di modelli d'ordine politico ed economico, introdotto nel 1967 attraverso l'Art. 109 IV della Costituzione, vengono utilizzati ai fini di un controllo e di una tutela para-o extraparlamentare del sistema sociale [30]. Secondo Preuß, questa forma del processo di collettivizzazione, attuata in via extraparlamentare dall'esecutivo, fa sì che al legislatore democratico venga riconosciuto un ruolo tutt'al più reattivo rispetto ad atti dell'esecutivo che difettano della legittimazione democratica. Infatti, se è vero che l'esecutivo pos-

[27] Cfr. note 17 e 18.

[28] U. K. PREUß, *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt am Main 1973, cfr. soprattutto i capp. III e IV (p. 31 ss.); cfr. inoltre il tentativo di Preuß di sviluppare le proprie tesi in U. K. PREUß, *Die Internalisierung des Subjekts*, Frankfurt am Main 1979.

[29] Una valida esposizione della problematica e dell'argomentazione di Preuß si trova in TH. BLANKE, *Kirchheimer, Neumann, Preuß: Die Radikalisierung der Rechtstheorie*, cit., p. 181 ss.

[30] Cfr. U. K. PREUß, *Legalität und Pluralismus*, cit., capp. I e II (p. 9 ss.) e capp. VII e VIII (p. 84 ss.); U. K. PREUß, *Die Internalisierung des Subjekts*, cit., cfr. soprattutto p. 267 ss.

siede in linea di massima una legittimazione democratica, è anche vero che questa legittimazione riguarda esclusivamente le forme di azione supportate dalla costituzione e dalla legge, tra le quali non figurano i provvedimenti dell'esecutivo determinati dalla situazione reale e attribuenti a piacere posizioni che spettano all'individuo in base ai diritti fondamentali. Poiché, secondo Preuß, i sistemi basati sul capitalismo privato, così come quelli basati sul capitalismo statale, vale a dire i sistemi a socialismo di Stato, non possono fare a meno di misure concrete di regolamentazione, a causa della crisi permanente che accompagna necessariamente il processo di accumulazione del capitale, nelle democrazie parlamentari l'integrazione sociale si realizza esclusivamente al di là del processo legislativo democratico basato sull'autonomia individuale [31]. Resta da vedere se questa teoria del diritto, sviluppata da Preuß con riferimento al principio della democrazia parlamentare, rappresenti effettivamente uno «schema catastrofale ermetico-radicalizzato» [32]; se così fosse, una teoria della democrazia come quella sviluppata da Heller, che mette esplicitamente in risalto l'idea di una ratio autonoma quale misura valida per una impostazione autodeterminata dell'esistenza sociale [33], non potrebbe più avere alcun valore per l'attuale teoria giuridica.

Ora nella teoria dello Stato di Heller non si trova quella dicotomia tra legge generale (attribuita al parlamento in quanto legislatore democratico) e provvedimento determinato da una situazione specifica e volto ad uno scopo specifico (attribuito all'esecutivo), che fornisce a Preuß lo spunto per la sua critica [34]. Heller, nella relazione tenuta nel 1927 davanti all'Associazione dei pubblicisti tedeschi sul «Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung», espri-

[31] Cfr. U. K. PREUß, *Die Internalisierung des Subjekts*, cit., p. 271.

[32] Cfr. al riguardo TH. BLANKE, *Kirchheimer, Neumann, Preuß: Die Radikalisierung der Rechtstheorie*, cit., p. 187.

[33] Cfr. I. STAFF, *Staatslehre in der Weimarer Republik*, cit., p. 8 ss.

[34] Cfr. nota 28.

mendosi inequivocabilmente contro la teoria borghese dello Stato di Carl Schmitt e contro la dottrina del duplice concetto di legge di Laband, sottolineò che la legge parlamentare si distingue da altri atti dello Stato non per il suo tenore, e quindi non per il generale carattere regolamentare o per il suo carattere di norma giuridica, «ma solo per la sua più elevata validità materiale» [35]. Questa più elevata validità materiale spetta all'atto legislativo in quanto deliberazione della *volonté générale*, ossia di una volontà collettiva che viene a formarsi nella procedura parlamentare attraverso controversie razionali in un processo che si rinnova costantemente e che ha come obiettivo una «voluta unificazione politica dal basso in alto», volontà collettiva nella quale, in teoria, confluiscono e vengono portate ad un ragionevole compromesso le differenti condizioni sociali [36]. Per Heller una legge non deve essere tassativamente generale ma può anche disciplinare casi singolari; «così come . . . la *volonté générale* non è identica alla *volonté de tous*, quest'ultima non è identica ad una *volonté pour tous*» [37]. I singoli atti statali non possono essere a priori individuati secondo la loro «natura» o secondo la loro «sostanza»; infatti, «tutti gli atti statali per la loro 'natura' non sono diversi ma uguali. Sono rivolti tutti quanti al coordinamento uniforme del comportamento sociale dei cittadini» [38]. Ciò che rientra nella legalità dell'esecutivo, il modo di definire i limiti tra legislazione, giurisdizione ed esecutivo, viene stabilito, secondo Heller, non in base a criteri logici o formule teoriche, «bensì in base a tradizione, opportunità, posizione di potere e consapevolezza del diritto» [39]. Per la democrazia ciò significa:

[35] H. HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, in *GS*, II, p. 201 (225).

[36] H. HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, in *GS*, II, p. 201 (224/225); H. HELLER, *Demokratie und soziale Homogenität*, in *GS*, II, p. 421 (425 s.).

[37] H. HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, cit., p. 215 s.

[38] *Ibidem*, p. 224.

[39] *Ibidem*, p. 230 s.

solo perché l'atto legislativo democratico è espressione diretta della *volonté générale*, è giustificata la rivendicazione di instaurare «vincoli possibilmente stretti che leghino tutti gli organi dello Stato alla legge...; infatti non è concepibile un'altra via per realizzare la pretesa signoria della *volonté générale*. Infatti, è unicamente il rapporto tra atti statali e legge, prescritto dal principio dello Stato di diritto, che determina le forme della legislazione, della giurisdizione e dell'amministrazione per determinati oggetti dell'attività statale. La forma della legislazione dovrà essere usata per la definizione delle supreme norme giuridiche, quella della giurisdizione dovrà essere usata per la valutazione giudiziaria di un fatto, che non può essere affatto compiuta esclusivamente sulla base di leggi, mentre il vasto comparto residuo viene denominato amministrazione. Il nome di legge è pertanto riservato, nello Stato di diritto, a tutte le norme giuridiche supreme stabilite dal potere legiferante popolare» [40].

Considerando che Heller sgancia il concetto di legge dai criteri contenutistici della generalità o dalla caratteristica di norma giuridica, e che per lui riveste importanza – per lo Stato democratico – esclusivamente l'esistenza di una procedura legislativa che consenta a tutti i cittadini, anche ai gruppi emarginati, «la stessa possibilità di influenzare la realizzazione dell'unità politica» [41], diventa più facile decifrare nel senso di una coerente teoria della democrazia le attribuzioni operate da Heller, che imputano i poteri statali al legislatore parlamentare da un lato e al governo/apparato burocratico dall'altro. Nello Stato moderno, con forme di collettivizzazione capitalistiche, l'ordine normativo deve avere, secondo Heller, caratteristiche tali ed essere usato in modo da realizzare un'integrazione sociale conforme alla «normalità di comportamento», ossia all'ordinamento sociale del momento ovvero, sotto un profilo

[40] *Ibidem*, p. 226.

[41] H. HELLER, *Demokratie und soziale Homogenität*, cit., p. 430; sulla componente procedurale e materiale di una democrazia sociale nel senso di Heller cfr. I. STAFF, *Staatslehre der Weimarer Republik*, cit., p. 10.

sociologico: che corrisponda all'integrazione sistemica [42]: «Un complesso di rapporti sociali sistematicamente organizzati si trasforma in un complesso di rapporti giuridici sistematicamente organizzati – derivati dalla costituzione positiva» [43]. In un sistema democratico è la sovranità del popolo che rappresenta il principio strutturale determinante di una reale distribuzione del potere politico [44]. Il legislatore democratico può espletare la sua azione di regolamentazione della realtà sociale attraverso le leggi – leggi che possono o avere il carattere di norme generiche o limitarsi a provvedimenti singoli. Le leggi-provvedimento possono essere indispensabili, in particolare, qualora vengano emanate allo scopo di una equa organizzazione dell'ordinamento del lavoro e dei rapporti patrimoniali, qualora servano, cioè, alla realizzazione dello Stato sociale di diritto [45]. Per Heller solo uno Stato così organizzato risponde al principio razionale in quanto offre a ciascun cittadino la chance di svilupparsi non in base alla propria situazione economica ma secondo le proprie capacità individuali [46]. Se è vero che il governo e le burocrazie che ad esso fanno capo hanno bisogno di un certo margine decisionale, ossia di una certa misura di «potere libero da vincoli democratici», è anche vero che sottostanno sempre alla responsabilità parlamentare [47]. Secondo Heller, anche il potere dittatoriale del presidente del Reich (Art. 48 WRV) va interpretato «tenendo presente l'Art. 1 comma 2 WRV»; la sovranità spetta al popolo e solo ad esso; «solo chi decide sulla normalità costituzionale decide anche, sotto l'aspetto giuridico, sullo stato di emergenza, sia pure contra legem» [48]. Lo Stato di diritto è sinonimo, per

[42] H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 292, p. 363 s.

[43] *Ibidem*, p. 355.

[44] *Ibidem*, p. 360.

[45] H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur*, in *GS*, II, p. 443 (451).

[46] H. HELLER, *Sozialismus und Nation*, in *GS*, I, p. 437 (442 ss.); H. HELLER, *Der Sinn der Politik*, in *GS*, I, p. 431 (434).

[47] H. HELLER, *Genie und Funktionär in der Politik*, in *GS*, II, p. 611 (618); H. HELLER, *Staatslehre*, cit., S. 292 (359).

[48] H. HELLER, *Die Souveränität*, cit., p. 127 s.

Heller, di un «legame possibilmente stretto di tutte le istituzioni costituzionali con la legge»; non significa, però, una «regolamentazione di ogni azione dello Stato attraverso la legge» [49] – comunque non attuabile in pratica –, ma il suo riferimento al popolo come legislatore democratico nel senso che il potere esecutivo e quello giurisdizionale devono prendere in considerazione, in ogni loro decisione e quindi anche nelle decisioni che non vengono prese in base a una determinata legge, la situazione sociale ed economica realmente esistente di *tutti* i cittadini.

Questa attribuzione di tutte le forme di esercizio del potere statale al principio della sovranità del popolo rende comprensibile – almeno sul piano teorico – la richiesta di Heller con la quale nel 1931, ossia in un momento in cui il parlamento come organo statale di decisione era da tempo eliminato e il potere esclusivo spettava ormai all'esecutivo, dichiarò indispensabile «il rafforzamento dell'autorità del governo del Reich» che per lui comprendeva, «in senso lato», il presidente del Reich [50]. Con riguardo alla costellazione di potere realmente esistente, questa reazione era politicamente sbagliata; la sopravvenuta perdita di efficienza del parlamento e lo sganciamento del potere presidenziale dall'esistente struttura antagonistica della società aveva originato quello stato di emergenza che – come afferma lo stesso Heller nella sua *Staatslehre* – non può «essere valutato secondo criteri normativi» [51] e che comunque non poteva essere valutato, come ha fatto Heller, secondo le regole normative di una democrazia parlamentare nel senso della costituzione weimariana. Il tentativo di Heller di lottare fino alla fine della repubblica di Weimar per un «parlamento funzionante e un governo efficiente», e di rivendicare un rafforzamento dell'autorità del governo, inclusa l'autorità del presidente del Reich, è

[49] H. HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, cit., p. 226.

[50] H. HELLER, *Ziele und Grenzen einer Deutschen Verfassungsreform*, in *GS*, II, p. 411 (415); H. HELLER, *Genie und Funktionär in der Politik*, cit., pp. 622-623.

[51] H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 368.

coerente sotto l'aspetto della teoria dello Stato come pure sotto l'aspetto etico (vale la pena sottolinearlo in considerazione dell'impostazione della teoria della democrazia di Heller, fondata esclusivamente sull'idea di una organizzazione autonoma dello Stato ad opera di tutti i cittadini) [52]: dopo il venir meno di un parlamento funzionante, solo l'esecutivo poteva essere capace, secondo Heller, di salvare la repubblica di Weimar – un esecutivo, tuttavia, chiaramente obbligato nei confronti della struttura antagonistica della società e delle esigenze sociali ed economiche della stessa. Heller ha esplicitamente ribadito come, ogni volta che le crisi economiche e/o politiche vengono risolte senza riguardo per l'omogeneità *sociale* di tutti i cittadini, le pressioni politiche interne da esercitare debbano venir aumentate in misura proporzionale alla forza dei gruppi sociali discriminati sul piano sociale ed economico [53]. Dato che, nella fase finale della repubblica di Weimar il presidente del Reich e il governo ispirarono i propri provvedimenti ad un interesse pubblico che altro non era che il mascheramento ideologico di finalità autoritarie, il sistema sfociò inevitabilmente nella dittatura dalla quale Heller aveva insistentemente messo in guardia [54].

III. Il fatto che Heller fosse disposto, in situazioni di crisi politiche ed economiche presenti all'interno del sistema di una democrazia parlamentare, a riconoscere al governo la funzione dell'integrazione sociale – funzione che la costituzione aveva originariamente riservato al parlamento – senza per questo negare al sistema, come avevano fatto soprattutto Kirchheimer [55] e F. L. Neumann [56], ogni possibilità di sopravvivenza – evidenzia la sua comprensione di

[52] Cfr. sopra, p. 21.

[53] H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 303; H. HELLER, *Demokratie und soziale Homogenität*, cit., pp. 428-430.

[54] Cfr. soprattutto H. HELLER, *Genie und Funktionär in der Politik*, cit., p. 613 ss.

[55] Cfr. nota 10.

[56] Cfr. nota 17.

una particolarità strutturale inerente alle democrazie moderne che merita di essere posta in evidenza. Infatti il diritto del presidente del Reich di emanare decreti di emergenza, previsto dall'Art. 48 II WRV, non può essere inteso singolarmente come espressione di una concezione incoerente della costituzione weimariana. I decreti di emergenza divennero, anzi, gli strumenti di un interventismo dello Stato che in un primo momento, durante la repubblica di Weimar, indossava magari la veste di legge speciale, ma che si sviluppò coerentemente fino a diventare la regola. Sullo sfondo della crisi economica mondiale, Hennig caratterizza correttamente gli interventi nella politica economica come un'evoluzione della politica deflazionistica di Brüning fino a diventare gli strumenti primordiali (Papen), e poi coerenti (Schleicher), di una politica di creazione di posti di lavoro che finì per sfociare in uno sfruttamento della politica economica come strumento della politica del riarmo ad opera del gabinetto Hitler/von Papen [57]. È significativo che questa prassi di interventismo dello Stato sia stata teoricamente elaborata da J. M. Keynes nella *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, pubblicata nel 1936, sulla base della tesi generale secondo cui per le società capitalistiche è indispensabile un controllo globale macroeconomico dell'economia ad opera dello Stato. Questa teoria, a sua volta, ha rappresentato il punto di partenza di un modello di controllo globale statale introdotto nel 1967 nella Repubblica Federale Tedesca attraverso un emendamento della Costituzione: nel quadro di una generale riforma fiscale l'Art. 109 della Costituzione venne trasformato in uno strumento di controllo economico [58]; infatti il nuovo Art. 109 della Costituzione prevede al II° comma che il governo federale ed i governi regionali «devono tener conto, nella propria gestione finanziaria, delle esigenze dell'equilibrio ma-

[57] E. HENNIG, *Thesen zur deutschen Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 1933 bis 1938*, Frankfurt am Main 1973, p. 62.

[58] «15. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 8. Juni 1967», in «Bundesgesetzblatt», I, p. 581.

croeconomico». Unitamente alle disposizioni emendate riguardanti la finanza pubblica – Art. 104a comma IV Costituzione [59] e Art. 115 comma I Costituzione [60] – e alla norma che definisce la competenza della Banca centrale tedesca – Art. 88 Costituzione – l'Art. 109 comma II Costituzione rappresenta il quadro normativo per un controllo della politica economica e finanziaria che nella prassi attuale si colloca tra fiscalismo e monetarismo.

Con quanto sopra ho voluto dimostrare come l'interventismo statale, iniziato nella repubblica di Weimar e basato sull'art. 48 comma II della costituzione weimariana, abbia definitivamente soppresso il modello di una politica economica di mercato, e ciò non solo a livello nazionale ma anche internazionale.

Si tratta di un fenomeno a mio avviso significativo per la storia costituzionale ed economica moderna, dal momento che una politica economica interventistica ha degli effetti specifici sul sistema politico del momento. Ciò è indubbiamente vero per la fase finale della repubblica di Weimar e per il periodo del nazionalsocialismo: l'interventismo statale, mentre all'inizio della repubblica weimariana era solo un interventismo parziale, si trasformò in un dirigismo totalitario. Infatti, nella prima fase particolarmente difficile, in termini politici ed economici, della repubblica weimariana vennero emanati dal presidente Ebert, nel periodo compreso tra il novembre 1919 e il gennaio 1925, complessivamente centrotrentacinque decreti d'emergenza, di cui quarantaquattro volti al superamento di situazioni d'emergenza economica [61]; nel successivo periodo dal 1925 al 1928 si verificò, a livello del Reich, una stabilizzazione della situazione e, a livello dei Länder, un esercizio estensivo del diritto di emanare decreti di emergen-

[59] «21. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12. Mai 1969», in «Bundesgesetzblatt», I, p. 359.

[60] «20. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12. Mai 1969», in «Bundesgesetzblatt» I, p. 357.

[61] F. POETZSCH-HEFFTER, *Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung*, I. Teil, in «Jahrbuch des öffentlichen Rechts», XIII, 1925, pp. 141 ss.

za, riconosciuto ai Länder stessi dall'art. 48 comma IV WRV [62]; a partire dal 1930 la procedura legislativa parlamentare venne poi di fatto sostituita dal potere dittatoriale presidenziale [63]. Il parlamento non esercitava più il potere di controllo previsto dall'Art. 48 comma III WRV; i decreti dittatoriali diventavano «norme giuridiche permanenti» la cui «validità non si differenziava più da quella delle norme emanate attraverso l'iter legislativo ordinario» [64]. Per il periodo del nazionalsocialismo, il principio di un dirigismo totalitario deriva non solo, in linea generale, dal «Führerprinzip» ma anche – dopo lo scioglimento dei sindacati – dalla creazione di grandi organizzazioni totalitarie a struttura gerarchica [65] a mezzo di strumenti di diretto controllo economico [66] o a mezzo di aziende economiche statali [67] e di organizzazioni dipendenti dallo Stato [68].

Per rispondere al quesito formulato all'inizio del presente intervento – quali conclusioni si possono trarre dal perio-

[62] F. POETZSCH-HEFFTER, *Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung*, in «Jahrbuch des öffentlichen Rechts», XVII, 1929, pp. 141 s.

[63] Sull'applicazione dell'Art. 48 WRV a partire dal 1930 cfr. F. POETZSCH-HEFFTER, *Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung*, in «Jahrbuch des öffentlichen Rechts», XXI, 1933-1934, pp. 127 ss.

[64] F. POETZSCH-HEFFTER, *Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung*, in «Jahrbuch des öffentlichen Rechts», XVII, 1929, p. 133; sullo sviluppo del potere dittatoriale cfr. inoltre H. HECKEL, *Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», NF, XXII, 1932, pp. 257 ss.; W. SCHOERBORN, *Die Notverordnungen*, in *Handbuch des deutschen Rechts*, II, pp. 300 ss.

[65] Esempio: il fronte del lavoro tedesco che tramite il decreto di attuazione della legge sulla sicurezza del partito e dello stato del 29.3.1935, «Reichsgesetzblatt», I, p. 502 ss. divenne «associazione collegata» alla NSDAP.

[66] Esempio: la legge sull'istituzione di cartelle obbligatorie di schedario del 5.7.1933, «Reichsgesetzblatt», I, p. 488.

[67] Esempi: Hermann Göring-Werke e Wilhelm Gustloff-Betriebe; cfr. a questo riguardo A. R. L. GURLAND, *Technological Trends and Economics Structure under National Socialism*, in «Zeitschrift für Sozialforschung», IX, 1941, pp. 226 ss.

[68] Esempio: l'organizzazione Todt, che per decreto del presidente della repubblica di Weimar «sull'ispettore generale della rete stradale tedesca» del 30.11.1933, «Reichsgesetzblatt», I, p. 1057 aveva ottenuto il rango di un'autorità suprema.

do weimariano per il processo di integrazione sociale – è rilevante non tanto il dirigismo totalitario sul piano della politica economica e dell'occupazione nella fase finale della repubblica di Weimar e nel nazionalsocialismo, quanto piuttosto il fatto che il principio dell'interventismo statale, sotto forma di un controllo della politica economica e finanziaria, perdura anche nella democrazia parlamentare della Repubblica Federale Tedesca. Con ciò si è verificata una trasformazione decisiva del sistema della democrazia parlamentare nel senso che ne risulta violato il principio fondamentale, secondo il quale la formazione della volontà politica parte dal popolo (Art. 20 comma II Costituzione; Art. 38 comma I Costituzione). Gli strumenti del controllo globale sono stati inseriti nella Costituzione al fine di consentire all'apparato statale un maggior potere di reazione e di controllo, capace di affrontare i rischi variabili cui è esposto uno Stato inserito in accordi interni e internazionali. L'applicazione dei provvedimenti interventistici si compie in buona parte al di fuori del processo decisionale democratico come emerge, nel caso della Repubblica Federale Tedesca, dai seguenti esempi:

a) Le competenze decisionali in materia di politica economica e congiunturale si sono spostate a favore dell'esecutivo. Al governo federale spetta, ad esempio, la competenza di emanare decreti legge relativi all'accensione di crediti e alle riserve di compensazione congiunturale; questi decreti legge richiedono, è vero, l'approvazione del consiglio federale (*Bundesrat*), mentre la dieta federale (*Bundestag*) ha soltanto un diritto di veto e di cassazione (Art. 109 comma IV, proposizioni 3 e 4 Costituzione, Art. 15 Legge sulla stabilità economica, Artt. 19, 20 commi I-IV unitamente all'Art. 20 comma V Legge sulla stabilità economica). Rientrano nella competenza del governo federale quasi tutti gli strumenti importanti del controllo congiunturale (cfr., tra l'altro, Art. 6 commi I e II Legge sulla stabilità economica, Art. 7 comma II Legge sulla stabilità economica, Art. 12 Legge sulla stabilità economica), per i quali è previsto solo l'obbligo di presentazione e motivazione nei confronti del parlamento (Art. 2 comma II Leg-

ge sulla stabilità economica). Malgrado i suddetti strumenti fiscali di controllo globale siano risultati poco efficienti sin dalla loro introduzione, va rilevato che la ripartizione delle competenze in materia di politica economica e congiunturale è caratterizzata nel suo complesso dal conferimento di pieni poteri costituzionali di carattere piuttosto globale, o comunque di pieni poteri per l'introduzione di provvedimenti che non richiedono la legittimazione parlamentare a priori, bensì a posteriori.

b) La Deutsche Bundesbank, la cui politica monetaria rappresenta lo strumento decisivo di controllo della politica economico-congiunturale, non è sottoposta ad alcun controllo parlamentare[69], e la Costituzione (Art. 88) si limita a definirne le competenze.

c) La programmazione in tempi lunghi, in particolare quella riguardante le tecnologie industriali su grande scala (tecnologia nucleare, in particolare) e le tecnologie innovative (soprattutto l'informatica e la tecnica delle comunicazioni nonché l'ingegneria genetica) si realizza normalmente attraverso l'avviamento, all'inizio della programmazione, di processi costosi che comportano cambiamenti dell'organizzazione della vita e che spesso non permettono più delle revisioni o comunque le permettono solo con grandi problemi di riadattamento. Un esempio caratteristico della perdita di funzione del parlamento sul piano della programmazione in tempi lunghi viene fornito dall'approvazione del reattore autofertilizzante rapido di Kalkar, approvazione che la Corte federale costituzionale ha desunto dal fatto che il parlamento «ha preso atto, consenziente» [70] dei programmi nucleari del governo federale nella loro fase iniziale.

Parallelamente alla perdita di funzione del parlamento è cambiata la portata della difesa giurisdizionale. Infatti, i provvedimenti interventistici e di programmazione sotto-

[69] Cfr. in merito «Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen», 41, 357.

[70] «Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen», 49, 89 (133).

stanno al controllo giurisdizionale solo in quanto rappresentano un intervento diretto in posizioni giuridiche individuali. Gli effetti dei provvedimenti in questione si verificano di regola in tempi lunghi. È raro infatti che i provvedimenti di controllo economico e congiunturale e le programmazioni abbiano ripercussioni immediate individuali al momento della loro adozione e del loro avviamento; la difesa giurisdizionale si riduce ai casi nei quali i singoli provvedimenti determinano, in un secondo momento, delle interferenze, e ciò solo se si tratta di interferenze in posizioni giuridiche individuali e quindi non a carico della collettività.

I poteri ampliati dell'esecutivo, sia nel settore degli interventi statali nella politica economico-congiunturale, sia nel settore delle programmazioni in tempi lunghi, rappresentano una tipologia strutturale dell'esercizio del potere statale che, nel sistema della democrazia parlamentare, attribuisce al parlamento un ruolo reattivo, anziché attivo e capace di determinare l'operato dello Stato. Al potere esecutivo è riconosciuta, per quel che riguarda la realizzazione dell'integrazione sociale, una autonomia che si sostituisce al consenso democratico. Questa forma di autonomia è espressione di una funzione politica che Smend ha caratterizzato come quella sfera «nella quale lo Stato determina ed impone se stesso e la sua natura» [71]. I provvedimenti interventistici e le programmazioni in tempi lunghi non rappresentano però affatto delle «azioni politiche» le quali – secondo Smend – «sono spesso prive di oggetto» (il concetto della mancanza di oggetto è stato ripreso da Schumpeter il quale, nel 1918, ha caratterizzato l'operato statale privo di oggetto come tendenze e «inclinazioni arazionali ed irrazionali, puramente impulsive» [72]; si tratta piuttosto di una funzione politica volta decisamente alla conservazione del sistema globale (capitalistico).

[71] R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923), in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. erw. Aufl., Berlin 1968, p. 68 (79).

[72] J. SCHUMPETER, *Zur Soziologie der Imperialismen*, 2. Teil, in «Archiv für Sozialwissenschaft», XLVI, 1918-1919, p. 275 (282).

IV. Nel suo lavoro su *Ökonomie und Politik im 20. Jahrhundert* F. L. Neumann ha fatto presente, a ragione, che la supremazia della politica sull'economia è stata sempre un dato di fatto, a volte occultato, a volte apertamente riconosciuto; la sovranità democratica si distingue per il fatto di implicare la subordinazione del potere sociale al potere politico e di attribuire al potere politico responsabilità democratica [73]. Con riferimento all'interventismo statale e alla programmazione in tempi lunghi nelle democrazie parlamentari moderne, la responsabilità democratica esiste in quanto il parlamento e il governo vengono costituiti mediante suffragio democratico; d'altra parte i provvedimenti del governo non vengono legittimati da un consenso democratico nel parlamento, per cui viene sottratta al parlamento stesso una funzione originaria democratica. Con ciò viene a mancare una premessa essenziale della teoria dello Stato di Heller. Infatti Heller aveva postulato la democrazia sociale in cui, attraverso la procedura parlamentare, doveva venir annullata la «disparità economica» e venir costituita una «omogeneità sociale»; doveva cioè venir trovato, attraverso il conseguimento di un consenso nel parlamento stesso, un compromesso decisionale chiaramente sociale [74]. Ciononostante la teoria dello Stato di Heller permette di trarre delle conclusioni più ampie relativamente alle democrazie moderne caratterizzate da interventi dello Stato, anche e soprattutto perché Heller non ha sostenuto un modello di democrazia socialistico o marxistico, ma una teoria della democrazia borghese, sociale, una teoria della compensazione sociale [75].

Heller ha sempre sottolineato il ruolo dello Stato come

[73] F. L. NEUMANN, *Ökonomie und Politik im 20. Jahrhundert*, in «Zeitschrift für Politik», II, nr. 1, 1955; ristampa in F. L. NEUMANN, *Demokratischer und autoritärer Staat*, cit., p. 171 (182).

[74] H. HELLER, *Demokratie und soziale Homogenität*, cit., p. 428-430; H. HELLER, *Grundrechte und Grundpflichten*, in *GS*, II, p. 281 (312).

[75] Sul concetto di democrazia in Heller cfr. I. STAFF, *Staatslehre in der Weimarer Republik*, cit., pp. 11-12.

potere regolamentare sovrano [76]; nel 1930 ha addirittura rivendicato come «assoluta necessità una forte autonomizzazione politica del governo nel quadro del parlamentarismo democratico» [77]; nello stesso tempo ha tuttavia ribadito che anche il «potere libero da vincoli democratici» – come appunto si estrinseca nei provvedimenti interventistici – sottostà alla responsabilità democratica [78]. Da questo orientamento della teoria dello Stato si possono trarre le seguenti conclusioni in riguardo alle democrazie moderne con strumenti esecutivi di controllo regolati (unicamente) in base alle competenze:

1. nella misura in cui il parlamento ha ceduto il suo ruolo attivo e capace di determinare l'operato dello Stato a favore di un apparato statale (burocratico) interventistico ed autore di programmazioni in tempi lunghi, la stabile integrazione sociale è assicurata solo se esiste un'ampia accettazione della politica governativa del momento, capace di sostituire il consenso democratico. Una delle tesi fondamentali di Heller sostiene infatti che le pressioni politiche interne sono meno necessarie in presenza di una omogeneità sociale dei cittadini e che, viceversa, le pressioni politiche interne aumentano quando le crisi economiche vengono risolte a scapito dei gruppi sociali deboli [79]. L'esattezza di queste tesi di Herman Heller viene confermata dalla prassi statale nelle democrazie moderne: la distribuzione di prestazioni sociali è la compensazione della perdita di partecipazione attiva al processo decisionale statale [80]. Va rilevato a questo proposito che la

[76] H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 339 ss.; H. HELLER, *Referat auf der Dritten Rechtskonferenz der Jungsozialisten am 12./13. April 1925 in Jena: Staat, Nation und Sozialdemokratie*, in *GS*, I, p. 527 ss.; H. HELLER, *Ziele und Grenzen einer Deutschen Verfassungsreform* (1931), in *GS*, II, p. 411 ss.

[77] H. HELLER, *Genie und Funktionär in der Politik*, cit., p. 622.

[78] Cfr. nota 47.

[79] H. HELLER, *Staatslehre*, cit., pp. 302-303; H. HELLER, *Demokratie und soziale Homogenität*, cit., p. 428-430.

[80] Cfr. a questo riguardo U. K. PREUß, *Die Internalisierung des Subjekts*, cit., p. 316 ss.

distribuzione di prestazioni sociali torna solo minimamente a profitto di coloro che sono in grado di provocare solo minime perturbazioni della pace sociale, quali ad esempio gli stranieri, le persone anziane e gli emarginati. Già nel 1971 Offe ha richiamato l'attenzione su questa forma di strategia statale di privilegiamento da un lato, e di tattica statale volta ad evitare una perturbazione dell'equilibrio sociale dall'altro [81]. La politica interna nelle democrazie moderne caratterizzate dall'interventismo statale sarà tanto più dirigistica e tanto più restrittiva della libertà quanto meno terrà conto della struttura antagonistica del popolo.

2. Hermann Heller ha esplicitamente posto l'accento sul ruolo che i diritti politici fondamentali, in particolare la libertà d'opinione, rivestono per l'efficienza di una democrazia [82]. A questo proposito Heller si è riferito non solo al processo della formazione dell'opinione politica, che è la premessa di un consenso democratico parlamentare, ma ha sottolineato anche l'importanza dell'opinione pubblica là dove trattasi della garanzia dello status politico, della «situazione di potere attuale» [83]. Questi diritti fondamentali sono ancora più importanti nello Stato interventista caratterizzato da un notevole deficit di potere decisionale del parlamento: l'esercizio di diritti fondamentali (Art. 5 comma I, Art. 8 comma I Costituzione) può essere indice di non accettazione di decisioni statali e rappresenta pertanto un potenziale di resistenza (non violenta) nei confronti del potere statale libero da vincoli democratici. I diritti politici fondamentali sono divenuti residui della funzione di partecipazione democratica dei cittadini nella quale è tuttora contenuto, seppure come pallida ombra, quell'elemento di ratio autonoma la cui realizzazione doveva essere ottenuta con l'integrazione sociale, che si svolge oggi prevalentemente in forme extraparlamentari.

[81] C. OFFE, *Politische Herrschaft und Klassenstrukturen. Zur Analyse spätkapitalistischer Gesellschaftssysteme*, in *Politikwissenschaft*, hrsg. von G. KRESS-D. SENGHAAS, Frankfurt am Main 1972, p. 135 (159 s.).

[82] H. HELLER, *Demokratie und soziale Homogenität*, cit., p. 428 ss.; H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 276 ss.

[83] H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 278.

Hermann Heller: sovranità e rappresentanza

di *Pasquale Pasquino*

Mi propongo di presentare alcune riflessioni intorno ai concetti di "sovranità" e "rappresentanza" e sui nessi che intercorrono tra questi negli scritti dedicati da Heller alla dottrina dello Stato, dottrina dello Stato alla cui ricostruzione su basi sociologiche [1] egli ha consacrato l'essenziale del suo lavoro teorico. Oggetto polemico di quest'ultimo è, soprattutto nel saggio sulla *Sovranità* del 1927, quel formalismo giuridico, affermatosi nella seconda metà del secolo XIX [2], il cui sviluppo sistematico portato a compimento da H. Kelsen [3] e dalla scuola viennese ha posto capo a quella che il nostro autore avrebbe definito volentieri una teoria dello "Stato senza qualità".

Prima di entrare nel merito dell'oggetto specifico del discorso che intendo svolgere ed al fine di mostrarne l'ordi-

Questo articolo viene pubblicato anche come Introduzione al volume di H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti di dottrina del diritto e dello Stato*, Milano 1987.

[1] Le opere di Max Weber e di Hans Freyer costituiscono in questa prospettiva il punto di partenza del lavoro di Heller. Si veda a questo proposito W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, Baden-Baden 1983[2], pp. 261-268 e pp. 283-287.

[2] Per un giudizio più articolato sul positivismo giuridico tedesco cfr. P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus* (1954, anno in cui l'autore presenta questo testo come Dissertation, presso l'Università di Gottinga, relatore R. Smend), Frankfurt a.M. 1974; si veda anche M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano 1979.

[3] Oltre che alla *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, Heller si riferisce soprattutto ai due scritti di Kelsen: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen 1920, e *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen 1922.

ne ed il senso saranno utili due serie di considerazioni preliminari: le prime relative alle ragioni di questa traduzione, le altre allo scopo di chiarire le posizioni generali di un autore ancora poco noto in Italia [4], considerazioni, queste ultime, che mi auguro contribuiscano a fare apparire il quadro sistematico entro il quale prende posto ed assume rilevanza l'analisi dei concetti di *Souveränität* e di *Repräsentation*.

Innanzitutto vale la pena di osservare che la recezione italiana della dottrina dello Stato e del diritto della Germania di Weimar è stata caratterizzata nel corso degli ultimi quindici anni da una singolare unilateralità e da un paradosso. L'opera di due tra i più importanti giuristi di quell'epoca: H. Kelsen e C. Schmitt, ampiamente tradotti e più o meno accuratamente studiati [5], ha gettato sull'ultima grande stagione del pensiero politico-giuridico europeo una lunga ombra che ha avuto l'effetto di occultare non solo l'ampio dibattito di contenuto e di metodo sviluppatosi in quegli anni tra i giuristi di lingua tedesca [6], ma spesso, anche di deformare in parte la comprensione dei testi più noti – è certamente il caso di Schmitt – strappati

[4] Va peraltro segnalato l'importante articolo di R. TREVES, *La dottrina dello Stato di Hermann Heller* in *Studi in onore di Francesco Messineo*, Milano 1958, IV, pp. 447 ss.; ripubblicato nella sua raccolta di saggi *Libertà politica e verità*, Milano 1962, pp. 127-151; qui, alla nota 6 sono indicati i riferimenti bibliografici relativi alla scarsa recezione di Heller negli scritti italiani di epoca fascista. Treves che era entrato in contatto con le opere del giurista tedesco durante il suo esilio in America latina – dove alcune di esse erano già state tradotte – ha, fra gli altri, il merito di aver mostrato che la critica nei confronti delle dottrine di Kelsen non può essere meccanicamente ricondotta a posizioni di destra ed antidemocratiche.

[5] Per Kelsen si pensi in particolare agli importanti contributi prima di N. Bobbio, poi soprattutto di M. Losano.

[6] Cfr. M. FRIEDRICH, *Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», CII, 1977, pp. 161-209; ed inoltre, R. SMEND, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit*, in *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin 1973, pp. 575-589, e U. SCHEUNER, *50 Jahre deutsche Staatsrechtswissenschaft im Spiegel der Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer – I. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in der Zeit der Weimarer Republik*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», XCVII, 1972, pp. 349-374.

dal contesto storico e discorsivo entro il quale erano stati prodotti. Le monografie dedicate in Italia a questi autori raramente vanno al di là della ricostruzione interna o della critica, così che essi stanno ormai per diventare dei "classici", se con questo termine si intendono – e ciò accade talvolta forse solo in modo inconsapevole – quegli autori le cui opere, estranee alla dimensione del tempo, si presenterebbero come segmenti di una analitica astorica della ragione politica, quella costruita ad esempio sulla base di coppie quali decisionismo/normativismo.

Se si guarda invece alla cultura giuspubblicistica tedesca degli anni '20 da quello che ancor oggi è il migliore osservatorio per lo studioso della storia del diritto costituzionale e della dottrina dello Stato, gli atti della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*[7], il paesaggio che appare è significativamente diverso, più ricco e più frastagliato. Basterà scorrere l'indice del capitolo consacrato da Ilse Staff nel suo volume *Lehren vom Staat*[8] al periodo che va dalla prima guerra mondiale alla nascita della Repubblica federale; qui, accanto ai nomi di Schmitt e Kelsen, incontriamo quelli di Rudolf Smend e Hermann Heller[9]. La traduzione degli scritti di quest'ultimo nella collana «Arcana imperii» dell'editore Giuffré[10] potrà contribuire, così ci si augura, all'allargamento del dibattito italiano, che non deve rischiare di cadere nelle secche dell'opposizione sterile, cui si è accennato poc'anzi, tra normativismo e decisionismo. Poiché ci sono più cose in terra e nella dottrina dello Stato di Weimar di quanto non immagini chi ha per orizzonte questa contrapposizione filosofico-giuridica.

[7] I sette volumi relativi al periodo weimariano sono stati ristampati nel 1973.

[8] I. STAFF, *Lehren vom Staat*, Baden-Baden 1981, pp. 347-420.

[9] Il seminario sulla dottrina dello Stato di Weimar voluto dal Prof. P. Schiera ed organizzato nel febbraio 1986 presso l'Istituto storico italo-germanico in Trento, nel cui ambito è stata presentata e discussa una prima versione di questo testo, costituisce il primo tentativo di superamento di una recezione unilaterale.

[10] Insieme a quella annunciata in questa stessa collana dell'opera più importante di R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin 1928.

Tre punti devono essere tenuti presenti per intendere quanto dirò sulla concezione della sovranità e della rappresentanza in Heller, punti sui quali mi sono in parte soffermato altrove [11], e che tuttavia vorrei qui brevemente riprendere.

In primo luogo l'opera di Heller è caratterizzata da uno sforzo importante di prendere sul serio la teoria dello Stato e del diritto, sforzo tanto più significativo se si tiene conto del fatto che si tratta di un autore che non ha mai nascosto la sua opzione politica a favore della socialdemocrazia. Ora l'opzione teorica e politica a favore dello Stato, che si sovrappone a quella, lo ha condotto ad una polemica incessante nei confronti del marxismo e di tutte quelle correnti di pensiero qualificate anarco-socialiste e che potremo raccogliere sotto l'etichetta di socialismo "antistatalistico". Per Heller le radici di queste dottrine sono comuni a quelle del pensiero liberale, nella misura in cui entrambe rappresentano incarnazioni della dottrina classica ed illuministica dell'*ordre naturel*. L'essenziale del suo ragionamento, per chiarire quest'affermazione, può essere sintetizzato come segue: uno degli esiti inattesi della grande tradizione giusnaturalistica è che, sorta con lo scopo di eliminare il potere arbitrario del principe, nel corso dei secoli ha condotto all'espunzione dalla teoria politica dei concetti stessi di "volontà" e di "autorità", da cui pure quella riflessione aveva preso le mosse. Una tale deriva costituiva una delle possibilità iscritte nella posizione antiaristotelica di Th. Hobbes. Questi considerava la *scienza* l'unica via per porre riparo al potere dispotico, così come all'arbitrio della guerra civile, squalificando in tal modo il carattere "prudenziale" del sapere politico, tipico della tradizione della filosofia pratica [12]. Per colmare lo iato esistente tra il sapere prudenziale, consapevole del

[11] P. PASQUINO, *Stato e democrazia in Hermann Heller,* in «Transizione», n. 3, 1985, pp. 123-142.

[12] Cfr. ad es. L'Epistola dedicatoria agli *Elementi di legge naturale e politica* (1650) (trad. ital.: Firenze 1968, pp. 3-5); e T. MAGRI, *Saggio su Thomas Hobbes*, Milano 1982, pp. 39-48. Si veda peraltro H. CONRING, *De civili prudentia*, Helmstedt 1682.

mutare delle circostanze, dei tempi e delle persone (Bodin), e l'azione politica, si danno, mi sembra, due sole strade. La prima consiste nel sostituire alla *prudentia* la scienza, nel fondare cioè nel senso forte del termine una scienza politica, nella quale il rapporto fra *auctoritas* e *veritas* finirà inevitabilmente a favore del secondo termine, attraverso il razionalismo illuministico, l'affermazione del carattere universale della legge, la supremazia del potere legislativo ed il successo, infine, nella seconda metà del XIX secolo, di concezioni scientiste e naturalistiche della conoscenza. Di modo che risulterà invertito l'ordine posto da Hobbes all'origine di questo percorso. Al termine di esso scomparirà, dalla riflessione sullo Stato e sul diritto, il problema stesso del soggetto dell'autorità. E la dottrina del diritto dello Stato giungerà ad accomodarsi di una radicale scissione fra un "essere" privo di finalità ed un "dover essere" sprovvisto di volontà.

L'altra strada che conduce dalla *prudentia* politica all'azione si rifiuta di operare una *reductio ad unum* dei due termini del problema attraverso la scienza e rinvia all'attività del governo, che non consiste fisiocraticamente nel non far nulla o nello sviluppare sillogismi politici alla Condorcet, i quali vanno dal generale al particolare, dalla legge all'esecuzione, ma consiste piuttosto nel porre fini all'esistenza collettiva, nell'operare una decisione che rinvia non alla scienza o alla verità, ma ad un'etica della responsabilità, cioè della scelta. Si capisce bene che in questa prospettiva lo Stato non può essere né una sovrastruttura né un male minore, ma in termini generalissimi si presenta come la sede insopprimibile dell'autorità e della costruzione incessante e continua dell'unità politica.

A tutto ciò è connessa evidentemente – ecco il secondo punto che è necessario chiarire in via preliminare – una concezione della democrazia come *Herrschaftsform* e non come superamento o estinzione dell'autorità e del comando. Questo, non solo perché – come gli interpreti hanno ricordato più volte [13] – presupposto antropologico della

[13] Si veda ad es. G. ROBBERS, *Hermann Heller: Staat und Kultur*, Baden-Baden 1983, p. 46.

dottrina dello Stato di Heller è una concezione "conflittualistica" della vita sociale, sul modello della insocievole socievolezza di cui parla Kant, ma perché l'attività politica – e pertanto l'oggetto della sua teoria – è quella tensione costante ed insopprimibile tra unità e molteplicità, che costituisce lo spazio proprio della *Herrschaft* all'interno del *politischer Verband*. Lo statuto specifico dell'autorità politica è di essere l'elemento strutturante ed il concetto logicamente primo, al di qua della totalità del gruppo (organicismo) ed al di là degli individui che di esso fanno parte e lo costituiscono (individualismo). Dottrina dello Stato e della democrazia che si pone, dunque è il caso di sottolinearlo, oltre i termini di un dibattito che oggi viene spesso riattivato invano [14].

In terzo luogo ed infine, presupposto di quanto dirò e presupposto concreto della democrazia come *Herrschaftsform*, è l'esistenza della "omogeneità sociale", un tema al quale Heller ha consacrato uno dei suoi articoli più interessanti [15], contemporaneo al libro sulla Sovranità; sul concetto di "omogeneità sociale" vorrei soffermarmi brevemente. La democrazia viene spesso presentata come un sistema politico pluralistico fondato su regole procedurali ed istituzionali, fra cui la divisione dei poteri, la supremazia della legge, il principio di maggioranza. Parlare, come Heller, di omogeneità sociale rinvia ad un piano antecedente – questa volta non solo dal punto di vista logico – che è quello definito dal termine *Wir-bewußtsein*. Quale è in democrazia il contenuto di questa "coscienza del gruppo politico"? Per quanto Heller sia a tal proposito abbastanza implicito o reticente, il contenuto di questa coscienza – che non ha nulla a che vedere con un *Volksgeist* prodotto spontaneo della storia, ma sarà piuttosto, specie nella società capitalistica, il risultato di una educazione sociale – dev'essere una qualche forma di "identità". Soffermiamoci un istante a riflettere su questo problema, il

[14] Cfr. E.-W. Böckenförde, *Democrazia e rappresentanza*, in «Quaderni costituzionali», V, 1985, pp. 240 ss.

[15] La traduzione italiana di questo testo è apparsa con il titolo *Democrazia politica ed omogeneità sociale*, in «Quaderni piacentini», n. 10, 1983, pp. 125-137.

quale è certamente uno dei *capita mortuum* della riflessione sulla democrazia da Rousseau a C. Schmitt.

Heller sapeva benissimo che la democrazia come *Regierungsform* non può essere che rappresentativa. Schmitt stesso nella *Verfassungslehre* riconosce per altro che la democrazia reale è una forma politica mista, come tutte le forme di unità, più o meno vicine ma mai coincidenti con i due casi limite, i due tipi ideali estremi della *Identität* e della *Repräsentation* [16]. Pure una cosa è la democrazia come *Regierungsform*, un'altra e in certa misura diversa la democrazia *als Prinzip*. Quale è il contenuto del *Wir-bewußtsein* democratico? Qualcosa che ha a che fare col "noi", dunque con una forma di identità. Se riandiamo con la mente al *Contrat social* di Rousseau, quest'identità democratica – del principio democratico – la quale assume come ricorda Schmitt numerose forme, può ragionevolmente essere riassunta nella proposizione: c'è democrazia se è data o meglio riconosciuta un'identità tra il contenuto della legge o del comando e la volontà popolare. È infatti quest'identità supposta o riconosciuta come tale che ritroviamo dietro l'ambivalenza del termine *volonté générale*, al tempo stesso espressione dell'interesse generale e contenuto della legge o volontà sovrana. Questo contenuto del *Wir-bewußtsein*, che costituisce il contenuto stesso del "mito" [17] democratico, si trasforma in cattiva utopia o nella concezione volgare della democrazia [18] se, come risulta dalle pagine di Rousseau, si trasferisce sul piano delle istituzioni ed assume il modello della democrazia diretta, priva di mediazioni, dove l'unità della pluralità, che per Heller costituisce lo Stato, sarebbe data immediatamente nello specchio del contratto, dove ciascun suddito (*sujet*) coincide – uno ad uno – con il sovrano

[16] C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München-Leipzig 1928, p. 205 e 216 (trad. it. Milano 1984, pp. 271 e 285).

[17] Qui nel senso di credenza condivisa dai membri del gruppo politico e che orienta i loro comportamenti.

[18] La formula è di E. Fraenkel che la adopera nell'articolo *Strukturdefekte der Demokratie und deren Überwindung* (1964), in *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart 1979[7], p. 59.

(*citoyen*). Ora: la democrazia, che implica *Herrschaft*, sovranità e rappresentanza, presuppone inoltre una omogeneità sociale presente alla coscienza razionale dei membri del gruppo; ciò accade perché la mediazione che è compito del governo operare non diventa imposizione, se e solo se i governati assumono un primato della comunità, del vivere comune, rispetto alla differenziazione ed al conflitto interni al gruppo. Se in altri termini, la minoranza spontaneamente e non obbligata dalla forza delle armi, riconosce nella volontà espressa dalla maggioranza valori che non sono quelli di un gruppo di nemici. Il che implica che la volontà della maggioranza contenga elementi di universalità propri di un qualche credibile "noi". Se ciò non accade, la mediazione opera nel vuoto, la coscienza del noi è dissolta e si spezzano i legami fra i membri della comunità e le istanze, a quel punto non più democratiche, di direzione. Se un principio di identità è presupposto necessario al funzionamento di una democrazia, la democrazia come forma di governo non si riduce peraltro al principio dell'identità.

Questo dovrebbe risultare evidente se accostiamo il concetto di rappresentanza quale appare in filigrana negli scritti di Heller. Egli individua il punto di partenza moderno per la costruzione di questo concetto nel *Leviatano* di Thomas Hobbes [19]. La rappresentanza pensata qui attraverso la coppia "autore-attore" produce quello che con E.-W. Böckenförde [20] mi sembra si possa chiamare la sua dimensione "formale". Con ciò voglio dire che la dialettica autore-attore permette di pensare la forma Stato come unità, il processo della sua istituzione. La rappresentanza monistica dissolve la molteplicità coincidente con la *dissentiens multitudo* dello stato di natura e fa emergere ciò che è al tempo stesso sovrano e corpo politico, *princeps sive populus*, come sottolinea Heller [21]. Su tutto ciò non è

[19] Si veda per ultimo sull'argomento: L. JAUME, *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris 1986.

[20] Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, cit., pp. 248-251.

[21] H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht), Berlin-Leipzig 1927,

necessario attardarsi. Mi sembra invece importante estendere la riflessione ponendo l'accento sul fatto che questa prima dimensione del concetto, certamente incontornabile, lascia in ombra e per così dire indeterminato il contenuto della volontà sovrana, di cui ci si potrà chiedere in che senso ed in quale misura sia rappresentativo.

Qui, di nuovo, siamo di fronte ad un sentiero che si biforca. Da un lato abbiamo la trasformazione razionalistica dell'autorità sovrana nell'autorità della legge universale astratta, che conduce – con le teorizzazioni dello Stato di diritto – al principio della *Herrschaft des Gesetzes* [22], poi con Kelsen alla sovranità dell'ordinamento e con C. Eisenmann al principio di legalità, il quale assorbe per intero il problema stesso della legittimità del potere. Dall'altro lato è possibile rintracciare uno sviluppo della riflessione sul concetto di rappresentanza il cui abbozzo sistematico è nell'opera di Max Weber. Al termine della sezione di *Economia e società* dedicata al tema della *Herrschaft*, nel capitolo sulla rappresentanza, incontriamo una definizione di quest'ultima che consente di andar oltre la concezione formale di Hobbes, liberandoci peraltro dalle secche in cui la dottrina giusprivatistica del mandato aveva condotto il tentativo di approfondire il concetto nell'ambito del diritto pubblico [23]: «Per rappresentanza in senso *primario* si deve intendere la situazione . . . nella quale l'agire di alcuni appartenenti al gruppo che chiamiamo rappresentanti viene imputato a tutti i rimanenti, o deve da questi essere considerato – e di fatto lo è – come "legittimo" e "vincolante" nei loro riguardi» [24].

Se in Hobbes il gruppo o l'unità politica non è pensabile

p. 44; trad. it. *La sovranità ed altri scritti di dottrina del diritto e dello stato*, Milano 1987, p. 72.

[22] Su questo tema si veda lo studio un po' invecchiato, ma sempre utile di F. NEUMANN, *Die Herrschaft des Gesetzes*, Frankfurt a.M. 1980 (trad. tedesca della tesi di dottorato presentata dall'autore nel 1936 presso la «London School of Economics»).

[23] Cfr. rispettivamente R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris 1922, II, pp. 199-281 e G. SARTORI, *La rappresentanza politica*, in «Studi politici», IV, 1957, pp. 527-613.

[24] M. WEBER, *Economia e società*, Milano 1980, I, p. 290.

in assenza del *pactum repraesentationis,* qui il gruppo politico e la sua unità sono già dati. La rappresentanza è funzione interna al gruppo, funzione di comando e di governo, che fonda un obbligo di obbedienza. Osserviamo: 1) la funzione della rappresentanza, "agire di alcuni appartenenti al gruppo", tende a sovrapporsi al concetto di *Herrschaft.* Se come dice Heller non c'è *Herrschaft* senza *Herr,* questo *Herr* soggetto titolare della volontà obbligante, tende a coincidere con il rappresentante; 2) la funzione del rappresentante se per un verso fonda la relazione di comando ed obbedienza – l'unità della forma Stato – per l'altro, è comando che caratterizza alcuni membri del gruppo, rispetto ai quali la molteplicità dei rappresentati assume un'esistenza distinta. Questi ultimi pur identificandosi col comando dei rappresentanti sono una sorta di corpo distinto entro lo Stato, ciò che già Hobbes rilevava [25] a differenza di Rousseau. Qui dunque rappresentanza non è solo istituzione dell'unità, ma anche governo. Sicché ha senso porre la questione democratica della rappresentanza sostanziale di contenuto. Infatti, se entro l'unità dello Stato il popolo si è costituito come altro e se il rappresentante appare come *il* suo interprete, per usare il linguaggio dei costituenti dell'Assemblea rivoluzionaria francese del 1789, avrà senso porsi il problema della rappresentanza come "responsività" (l'orribile neologismo si giustifica, almeno in parte, con il fatto che per questo tramite si può fare riferimento ad un "altro" che non sia il "mandante" del diritto privato).

Come è potuto accadere, bisognerà chiedersi, che il popolo, la cui immagine egli poteva vedere riflessa solo in quella che gli rimandava il sovrano, si sia costituito come alterità dentro lo Stato, ponendo in tal modo il problema stesso della rappresentanza democratica? È probabilmente il nascere della "sfera pubblica", fra XVIII e XIX secolo, che segna la svolta a partire dalla quale il problema della rappresentanza, consolidato il suo aspetto formale, si in-

[25] T. Hobbes, *Leviatano,* cap. XVII, Firenze 1986, p. 168: «Chi regge la parte di questa persona il rappresentante viene chiamato "sovrano" e si dice che ha il potere sovrano; ogni altro è suo "suddito"».

nesterà nella problematica della democrazia. Una pagina dell'*Administration des finances* di Jacques Necker[26], un'opera apparsa alla vigilia del 1789, esattamente due secoli fa, descrive credo nel modo migliore il compimento di questa trasformazione.

«Bisogna evitare di confondere l'opinione [ecco il nuovo soggetto politico, l'"altro" dentro lo Stato] come me la rappresento, con i movimenti effimeri che spesso non sono altro che l'espressione di gruppi specifici e di circostanze particolari. Non è dinanzi a tali movimenti dell'opinione che l'uomo capace di una grande amministrazione deve prosternarsi. È necessario invece che egli sappia disdegnarli per restare fedele a questa opinione pubblica i cui caratteri si impongono, e che solo la ragione, il tempo e l'universalità dei modi di sentire hanno il diritto di consacrare. Quando il ministro . . . grazie alla riflessione ed al lavoro ha maturato quelle deliberazioni che egli crede utili allo Stato . . . dovrà inoltre – il che non è affatto indifferente – esibirne le buone ragioni . . .».

In questo testo appare nelle vesti dell'opinione pubblica quel soggetto nuovo entro l'unità dello Stato che il Leviatano aveva potuto mettere provvisoriamente a tacere, relegandolo nel foro interno, non certo eliminare[27]. L'opinione, diversamente dal popolo sovrano di Rousseau, non promulga leggi, ma è essa che deve accettarle e che richiede che se ne sviluppino le ragioni. Se da sempre vale il principio di Spinoza *oboedientia facit imperantem*, ora sarà necessario, perché vi sia obbedienza, «spiegare – dice Necker – i motivi della volontà del sovrano», senza di che non sarà possibile ottenere «quella approvazione pubblica di cui i ministri hanno bisogno»[28]. La nascita ed il dispiegamento della "sfera pubblica" pone accanto alla dottrina classica della rappresentanza, che istituisce l'unità politica, quella moderna, democratica, della rappresentatività. Si

[26] J. NECKER, *Administration des finances*, Paris 1784; *Oeuvres*, Paris 1821, IV, pp. 56-57.

[27] Cfr. R. KOSELLECK, *Kritik und Krise* (1959) (trad. ital., Bologna 1972).

[28] J. NECKER, *Administration des finances*, cit.

badi che quest'opinione pubblica, questa sfera della *Öffentlichkeit* non va intesa come il luogo in cui si dissolverebbe in una specie di mercato politico la funzione specifica del comando e dell'autorità. L'opinione pubblica non può installarsi al posto del potere sovrano. Essa ne sarà piuttosto il *vis-à-vis*, ciò rispetto a cui lo *Herr*, il sovrano, deve farsi valere come rappresentante. Su questo problema la posizione di Heller è univoca fino alla *Staatslehre*, in cui dedica un capitolo alla critica delle dottrine americane della democrazia intesa come *government by public opinion* [29].

Il rappresentante, così mi pare di poter riassumere la posizione di Heller, non è solo colui che istituisce l'unità del popolo, ma è il medesimo che deve trasformarsi istituzionalmente nel suo interprete legittimo. Colui che entro i confini dell'unità politica ha il compito di ricondurre costantemente la molteplicità (qui intesa come pluralità di gruppi) all'unità dello Stato. Colui che fa dell'altro l'uno, del popolo il sovrano, senza peraltro poter mai estinguere né questa dualità, né la funzione di comando e l'eteronomia della legge.

Lo spazio della rappresentanza sostanziale o di contenuto sarà dunque quello, per riprendere un'idea di E. Kaufmann [30], in cui la volontà popolare, presupposto della democrazia, trova modo di articolarsi e di assumere la forma della deliberazione obbligante nei confronti del gruppo. Mi sia consentito osservare che in questo spazio assumono tutta la loro importanza le osservazioni sviluppate da R. Smend sulle modalità dell'integrazione (riconduzione della molteplicità all'unità) democratico-parlamentare [31]. È in questo scarto fra molteplicità ed unità, il quale rinvia a quello fra sapere prudenziale della po-

[29] H. HELLER, *Staatslehre* (1934), citata da *Gesammelte Schriften* (Redaktion: C. MÜLLER) Leiden 1971, III, pp. 276-287, in particolare pp. 284 ss.

[30] Cfr. E. KAUFMANN, *Zur Problematik des Volkswillens* (1931), in *Gesammelte Schriften*, Göttingen 1960, III, pp. 272-284.

[31] R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1968², pp. 148-157.

litica ed azione, che trova il suo posto sistematico la riflessione helleriana sulla "decisione". Questa non è analizzata nella prospettiva propria a Schmitt della fase costituente, cioè nella prospettiva della *verfassunggebende Gewalt*, ma in quella della pratica costante ed ordinaria del governo, in senso lato, e dei poteri costituiti. La decisione appare qui non tanto e, soprattutto, non solo come la modalità di istituzione dell'ordinamento giuridico, lì dove la perdita di legittimità di un precedente ordinamento ha reciso i legami fra la regolarità dei comportamenti ed il diritto positivo, ma come la scelta e l'assunzione di responsabilità da parte del gruppo dei rappresentanti, che accompagna costantemente e si incardina nella stessa attività di governo, appena si sia abbandonata l'utopia di un "automovimento" del diritto o di un ordinamento che colma automaticamente tutte le sue lacune. Sarebbe utile e credo importante, in altra sede, confrontare i testi di Heller sulla funzione dell'uomo politico – né stregone né funzionario – come ebbe ad esprimersi in uno degli ultimi scritti [32], con la conferenza weberiana del 1919 sulla *Politik als Beruf* [33].

Sovrano è colui che «per garantire il diritto . . . si afferma in modo assoluto eventualmente anche contro il diritto» stesso [34]. Questa frase si legge in conclusione dello studio che Heller dedica al problema della sovranità. Si sono versati fiumi di inchiostro, in Italia ma soprattutto in Germania, per commentare una affermazione di Schmitt relativa peraltro al potere costituente, senza preoccuparsi gran che di un testo di circa duecento pagine [35], che valse

[32] H. HELLER, *Genie und Funktionär in der Politik* (1930), in *Gesammelte Schriften*, II, pp. 611-624.

[33] Trad. ital. in *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino 1980^7, pp. 45-121.

[34] H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 244.

[35] L'unica eccezione di rilievo, per quanto mi risulta, è l'importante capitolo dedicato a Heller da Wilhelm Hennis nella sua "Dissertation" del 1951, preparata sotto la direzione di R. Smend a Gottinga e che porta il titolo: *Das Problem der Souveränität. Ein Beitrag zur neueren Literaturgeschichte und gegenwärtigen Problematik der poltischen Wissenschaften* (tesi non pubblicata), in particolare pp. 56-77.

ad Heller trentacinquenne la chiamata alla cattedra di dottrina dello Stato presso l'Università di Königsberg. Mi limiterò ad alcune brevi considerazioni. La frase appena citata non si riduce ad una tautologia o ad un gioco di parole, a condizione di tener conto del fatto che il termine *Recht* è impiegato qui in un duplice significato. Quando si dice «contro il diritto» si fa riferimento all'ordinamento positivo, alle *Rechtssätze* – nel linguaggio tecnico di Heller [36] –, alla *lex* nel senso in cui il termine compare nella definizione di sovranità proposta da Bodin [37]; quando si afferma invece che è *um des Rechtens willen* che viene infranta la legge, si fa riferimento alle *Rechtsgrundsätze*, allo *jus* [38], cioè ai principi etico-giuridici che fondano l'ordinamento. Sovrana infatti non è soltanto l'istanza che dirime i conflitti all'interno della comunità politica (cioè semplicemente quella funzione rappresentativa che riconduce all'unità il molteplice nella dimensione sincronica); sovrana è, oltre a ciò, la funzione deputata alla trasformazione delle possibilità etico-giuridiche nella realtà effettiva del diritto. Il problema è complesso e legato alla natura stessa dell'ordinamento giuridico, di cui Heller propone un'analisi di grande interesse nei termini di una sociologia generale del diritto.

Senza poter seguire qui la serrata, talvolta ironica ed in parte violenta critica nei confronti di Kelsen [39] – le polemiche tra i due sono testimoniate dai dibattiti pubblicati nelle *Verhandlungen* dell'associazione dei professori di

[36] Cfr. H. HELLER, *La sovranità*, cit., pp. 109 ss.; inoltre H. HELLER, *Staatslehre*, in *Gesammelte Schriften*, III, pp. 332 s.

[37] H. HELLER, *La sovranità*, cit., pp. 72 s.

[38] *Ibidem*.

[39] Sulla polemica di Heller nei confronti di Kelsen si veda C. MÜLLER, *Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung H. Hellers mit H. Kelsen*, in *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren*, Frankfurt a.M. 1985, pp. 128-157. Müller fa osservare a ragione che negli ultimi scritti del teorico della dottrina pura del diritto, in particolare nella *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, p. 23, si incontrano espressioni del tipo: «Kein Imperativ ohne Imperator»; affermazioni di tal genere non sono però presenti nei suoi testi anteriori al 1933, l'anno della morte di Heller. Per questa ragione sembra più ragionevole la ricostruzione del dibattito proposta da W. SCHLUCHTER, *Entscheidung*, cit., pp. 26-52, che si basa sui testi pubblicati prima di quella data.

dottrina dello Stato – proverò a sintetizzare lo schema della sua ipotesi interpretativa.

Punto di partenza utile può essere ancora una volta un testo di Hobbes, citato da Heller [40]. Si tratta del *De Cive*, cap. VI, par. 16, in cui Hobbes scrive [41]: «Furto, omicidio, adulterio e tutti i torti sono proibiti dalle leggi di natura; ma cosa si debba chiamare in rapporto al cittadino [il membro di una comunità politica] furto, omicidio, adulterio ed infine torto non va determinato dalla legge naturale, ma dalla legge civile» (ad esempio il concubinato, che in uno Stato è matrimonio, in un altro sarà giudicato adulterio, e viceversa). Il problema è qui posto in termini chiari. Una norma non è tale se non possiede un grado sufficiente di determinazione. Questo grado di determinatezza è ciò che Heller chiama *Bestimmtheit* o più spesso *Entschiedenheit* [42]. Qui troviamo non a caso la stessa radice del termine decisione *Entscheidung*, poiché infatti non esiste norma o comando efficaci senza una decisione, cioè senza la concretizzazione positiva e determinata di un principio etico. Ora, e siamo al passaggio più importante, i principi etico-giuridici generali o, se si vuole, le possibilità del diritto, possono trasformarsi in norme positive se e solo se tra le due sfere opera come struttura di positivizzazione e di individualizzazione la decisione di una volontà individuale, cioè di un soggetto concreto. In altri termini, il potere non può ottenere riconoscimento legittimo nello Stato a meno che esso non si presenti sotto la forma del diritto positivo; ed i principi etico-giuridici non possono affermarsi nella loro validità obbligante, senza la mediazione operata da un soggetto dotato di volontà. È chiaro come attraverso l'analisi del concetto di ordinamento appare quel problema della volontà e della *auctoritas,* del *quis judicabit*, che l'incarnazione ultima del giusnaturalismo razionalistico aveva finito per occultare o per espellere *tout court* dalla scienza del diritto.

[40] H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 274 nota 139.

[41] T. HOBBES, *De cive*, Roma 1979, p. 140.

[42] Cfr. H. HELLER, *La sovranità*, cit., cap. II.

La decisione come individualizzazione del contenuto della norma non è dunque un botto che diffonde cortine fumogene intorno alla ragione. Essa è invece l'atto del soggetto politico titolare della sovranità che testimonia la tensione fra l'universo di valori e le circostanze di tempo, di luogo e di persone. L'ordinamento come diritto positivo è sì principio di ordine e di sicurezza, non è tuttavia principio di automovimento. La decisione sovrana non opera qui soltanto nel caso di eccezione, ma accompagna la vita dello Stato manifestandosi attraverso la legge, ma anche *infra* ed *extra legem* [43].

Il giorno in cui il governo degli uomini e sugli uomini dovesse trasformarsi, come volevano i Fisiocratici e poi Karl Marx, nell'amministrazione delle cose, il giorno in cui per ipotesi gli uomini divenissero perfettamente razionali ed i loro comportamenti assolutamente prevedibili e coincidenti con un sistema di diritto senza lacune, quel giorno, o almeno in una filosofia di tal genere, non ci sarebbe più posto né per la storia, né per la responsabilità, né per l'etica. Nella prospettiva di Heller, invece, la non-identità fra governanti e governati non appare più come l'alienazione di cui parla Rousseau, ma sotto la figura della politica come destino.

È che in Heller il legame con i principi etici su cui si fonda lo Stato democratico – l'uguaglianza e la libertà – non è mai reciso. Nel conflitto fra Vienna (Kelsen), Bonn (Schmitt) e Berlino, Heller nato ebreo ai confini tra le terre slave e l'impero di Francesco Giuseppe, dove l'inno nazionale, se così si può dire, si cantava tutti i giorni in tredici lingue, Heller sta anche lui come Smend, Scheuner e Leibholz, dalla parte di Berlino. Certo si tratta nel suo caso della Berlino socialdemocratica di Otto Braun e di Carl Severing, ma anche del centro di quella cultura statalistica e protestante che, a partire da Osse, Conring e Seckendorff fino a Weimar non ha mai accettato a differenza di altre la separazione radicale fra etica e politica e fra politica e diritto.

[43] *Ibidem*, pp. 171 ss.

Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento

di *Maurizio Fioravanti*

Kelsen e Schmitt. Il tema [1] non è nuovo [2], ed anche in questo seminario si è discusso della "lunga ombra" che un'eccessiva attenzione verso i due protagonisti avrebbe gettato sulla nostra capacità di comprendere la complessità del dibattito politico e costituzionalistico di Weimar. Si è quindi costretti a prendere le mosse da una qualche ri-

[1] Il testo riproduce la relazione tenuta a Trento nel febbraio 1986, in occasione del seminario su «Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale». Di quella relazione si è conservato, per deliberata scelta, anche la forma ed il taglio espositivo. Un problema specifico, che si pone implicitamente già nel titolo, è costituito dai possibili molteplici significati di "tradizione giuridica". Scartiamo qui l'ipotesi di una sorta di definizione preliminare. Il lettore si accorgerà, strada facendo, di quali elementi – Stato, rapporto pubblico-privato, ruolo del giurista e del legislatore – sia composta quella "tradizione" dell'Ottocento alla quale ci riferiamo. Inoltre, al tentativo di meglio comprendere Kelsen e Schmitt attraverso il loro rapporto con la tradizione, si affianca il tentativo di capire più da vicino i caratteri della tradizione medesima attraverso i suoi esiti, in Kelsen e Schmitt. Si può comunque qui rinviare al nostro volume: M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979, ed alla letteratura, soprattutto tedesca, ivi citata; ed al più recente saggio di A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I: *Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano 1984, che, attraverso le questioni specificamente tecnico-giuridiche, offre uno sguardo complessivo sulla dottrina giuspubblicistica europea tra Otto e Novecento. Ricordo anche la breve, ma efficace sintesi di U. SCHEUNER, *Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend*, Tübingen 1962, pp. 225-260.

[2] Si possono qui ricordare: E. STERLING, *Studie über Hans Kelsen und Carl Schmitt*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», XLVII, 1961, pp. 569-85; P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il "custode della costituzione"*, in «Storia e politica», XVI, 1977, pp. 506-551; i saggi di C. ROEHRSSEN pubblicati in «Materiali per una storia della cultura giuridica», IV, 1974, IX, 1979, X, 1980, che toccano in più punti anche la problematica Schmitt-Kelsen; e, da ultimo, W. MANTL, *Hans Kelsen und Carl Schmitt*, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, hrsg. von W. KRAWIETZ u.a., Berlin 1982.

vendicazione di specificità, e di originalità, a favore del tipo di analisi qui proposta. Si tratta, in breve, di colmare quella che a me pare obbiettivamente una lacuna, di mettere in contatto, ed in frizione, le prestazioni intellettuali di Kelsen e di Schmitt con un dato particolare, da me definito "tradizione giuridica". Non si tratta di un "prima" e di un "dopo", tanto meno della problematica delle cosiddette "fonti" dei nostri due giuristi; l'obbiettivo è piuttosto quello di scoprire certi significati dell'opera di Kelsen e di Schmitt attraverso il loro rapporto con la tradizione giuridica.

Debbo poi confessare l'esistenza di una motivazione più profonda per questo lavoro di ricerca. Da quando l'opera di Schmitt, soprattutto in Italia ed in Germania, è stata in qualche misura reintrodotta[3] nel dibattito storiografico, teorico-politico, e teorico-giuridico – non solo l'opera di Schmitt, ma anche quella di altri costituzionalisti, o giuristi-politici, tedeschi dei primi decenni del nostro secolo –, ho sempre avuto netta la sensazione che il rischio fosse quello di costruire un castello sul vuoto, o comunque su un terreno debole e sabbioso. Questa mia convinzione, allora solo abbozzata, ed oggi rafforzata dalla ricerca compiuta, si appuntava proprio sul rapporto con la "tradizione giuridica". Non che ogni ricerca – è ovvio – sui protagonisti dei primi decenni di questo secolo debba comunque partire da un approccio di questo tipo. E tuttavia mi sembrava, e mi sembra, particolarmente discutibile quell'atteggiamento, oggi assai diffuso, che dà per scontato questo problema specifico, che, ad esempio, deduce meccanicamente dalle note critiche schmittiane a Kelsen una certa quale uscita di Schmitt medesimo dal corso storico

[3] Si deve qui precisare che, comunque, Schmitt non è stato di recente risvegliato da un sonno profondo, ma solo da una fase di contingente assopimento dovuto alle note vicende post-belliche collegate all'adesione di Schmitt al nazismo. Ora che si vanno riscoprendo precisi nessi di continuità nella storia tedesca contemporanea, anche attraverso il periodo nazista, si deve tener presente quanto abbia inciso la lezione di Schmitt anche prima e dopo quel periodo, soprattutto nell'ambito della grande scuola del diritto amministrativo, che presupponeva – e presuppone – una certa teoria politica dello Stato amministrativo. I personaggi-chiave di questa vicenda sono stati certamente Otto Mayer ed Ernst Forsthoff. Torneremo a più riprese sul problema.

della "tradizione giuridica". Così entriamo nel vivo del nostro discorso: è legittima l'equazione tra critica alla formalismo kelseniano e critica alla "tradizione giuridica"? È evidente che tutto ciò si fonda su un presupposto preciso: che Kelsen rappresenti l'apice, e sia l'ultimo erede di quella medesima tradizione, della quale Schmitt avrebbe denunziato i limiti e le aporie [4]. Debbo dire che tutto ciò non è frutto esclusivo dell'invenzione di coloro che da ultimo si sono occupati di questi problemi: c'è anzi una consolidata interpretazione in questo senso, nell'àmbito della quale possono essere ricordate per lo meno due decisive testimonianze. La prima è la celebre invettiva contro il *Labandismus* di Heller del 1926, che collocava appunto Kelsen in questa dimensione sopra ricordata dell'ultimo erede, dell'ultimo anello di una certa catena [5]. Da noi, poi, in Italia, va ricordato il saggio del 1949 di Vittorio Emanuele Orlando – quanti giuristi italiani si sono abituati a pensare a Kelsen per il tramite di queste pagine? – laddove il giurista siciliano sistemava i varii Gerber, Laband, Jellinek, se medesimo, Santi Romano, e Kelsen, come tanti soldatini che, da trincee diverse, combattevano la stessa battaglia, chiamata la "ribellione dei giuristi" contro la precedente invasione della teoria dello Stato da parte della filosofia, delle speculazioni di tipo giusnaturalistico; da questo punto di vista, Kelsen era una sorta di naturale ultimo campione di quella tradizione, che culminava con lui in una dottrina "pura" del diritto, in una

[4] Da qui certi appelli, più o meno espliciti, ma certamente poco meditati, alla "attualità" di Schmitt, che sarebbe "attuale" appunto perché al di là degli "angusti" confini della tradizione giuridica. Confutare queste prese di posizione è uno degli obiettivi di questo saggio. Cfr. comunque la ben più problematica analisi sul punto di M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XV, 1986, pp. 691-719; nello stesso volume anche il contributo di L. ORNAGHI, dal taglio più dichiaratamente politologico. Negli ultimi tempi si sono organizzati numerosi convegni e seminari sull'opera di Schmitt. Di essi si potrà tenere conto solo in sede di pubblicazione dei relativi atti. Per ora, si veda *Tradizione e Modernità nel pensiero politico di Carl Schmitt*, Napoli 1987.

[5] H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», LV, 1926, pp. 289-316.

dottrina "pura" del diritto, in una dottrina dello Stato che Orlando voleva intendere come integralmente giuridica [6].

Qualche dubbio in proposito poteva nascere solo dalle dure e spietate critiche di Santi Romano a Kelsen, ed al kelsenismo, contenute sia nelle celebri note aggiunte alla seconda edizione de *L'ordinamento giuridico* del 1945, sia negli altrettanto noti *Frammenti di un dizionario giuridico* [7], nei quali assai sommario appariva il giudizio critico nei confronti dei ragionamenti "vuoti" ed "artificiosi" dei giuristi kelseniani. Ma tali dubbi erano subito tacitati dalle pagine di Kelsen del 1925 poste ad introduzione della *Allgemeine Staatslehre*, da tutti citate, nelle quali il nostro giurista, non senza evidenti imbarazzi, denunziava alcune paternità, per concludere che in particolare la *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek era il libro da lui più letto, proprio perché costituiva l'ideale punto di arrivo della "tradizionale dottrina dominante", una sorta di comoda *summa*, alla quale ricorrere ogni volta che si voleva conoscere su qualche punto lo "stato della dottrina" [8]. Ma non si è stati forse un po' troppo frettolosi nel dedur-

[6] V. E. ORLANDO, *Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, in V. E. ORLANDO, *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, Milano 1955, pp. 87-155 (orig. in G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano 1949, introduzione alla tr. it. di *Allgemeine Staatslehre*, III, Heidelberg 1900).

[7] Inutile qui citare questo o quel luogo dell'opera romaniana. Basterà precisare che ci riferiamo qui a Santi Romano come teorico dello Stato amministrativo, che come tale si contrapponeva ad ogni forma di kelsenismo giuridico e politico. Su questa problematica rinviamo ad un nostro saggio: M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli 1986, pp. 311-346. Qualche spunto si trova anche, ma in tutt'altra prospettiva, in V. FROSINI, *Kelsen e Romano*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. ROEHRSSEN, Roma 1983, pp. 161-168.

[8] H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, *Vorrede*, pp. V-VII, per la denunzia di "paternità" cui ci riferiamo nel testo, con richiamo diretto all'opera di Gerber, Laband e Jellinek. Una lettura più attenta di questa fondamentale opera kelseniana, ancora da compiere, condurrebbe a ridimensionare quelle pagine introduttive e potrebbe dimostrare quanto le proposte di Kelsen sul concreto terreno politico-giuridico-costituzionale siano distanti dalle soluzioni della tradizione dogmatica ottocentesca. Cfr. comunque, a mo' d'esempio, le pp. 39 e ss. sulla questione degli scopi dello Stato, o le pp. 80 e ss. sul rapporto pubblico-privato.

re da quelle paginette – non a caso enfatizzate a dismisura da Orlando nel saggio del 1949 sopra ricordato – un'integrale filiazione culturale di Kelsen dal positivismo giuridico-pubblicistico tedesco della seconda metà dell'Ottocento? Ed in cosa consisterebbe questa presunta linea retta Gerber-Kelsen, al di là del tanto conclamato – ma quanto decisivo? – "metodo giuridico"? In realtà, dopo tanto ragionare su Kelsen, rimane ancora oggi aperto il problema di conoscere come Kelsen sia andato oltre, ed eventualmente contro, quel punto di arrivo rappresentato proprio dalla *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek. Che la questione non sia mai stata posta, è per noi del tutto ovvio. Infatti, dopo i giudizi interessati di Heller e di Orlando, sopra riportati, anche i traduttori italiani di Kelsen, fin dall'immediato dopoguerra, hanno di nuovo, direttamente o indirettamente, accreditato l'immagine di Kelsen ultimo campione della "tradizione giuridica" [9]. Tutto concorre allora, per concludere queste note introduttive, ad un risultato finale, divenuto vero e proprio luogo comune: l'identificazione degli esiti della tradizione giuridica in Kelsen. Credo che tutto ciò pesi sulle nostre ricerche, e finisca per condizionarle, creando un artificioso e pericoloso punto di riferi-

[9] Strumenti utili in questa direzione sono forniti da R. ORSINI e D. SORIA, *La fortuna di Kelsen dopo la seconda guerra mondiale*, nell'ambito della più complessiva ricerca su *La fortuna di Hans Kelsen in Italia*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», VIII, 1979, pp. 481-500, ora in M. G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano 1981; e da F. RICCOBONO, *Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica*, in *Hans Kelsen nella cultura*, cit., pp. 199-217. Anche Norberto Bobbio, che certamente grande peso ha avuto in queste vicende di teoria giuridica e politica, ha per parte sua riproposto l'immagine di un Kelsen ancorato alla tradizione giuridica ottocentesca, incapace di cogliere il mutamento complessivo da un ordinamento puramente protettivo-repressivo ad un ordinamento sempre più anche promozionale-direttivo: N. BOBBIO, *Hans Kelsen*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», L, 1973, pp. 426-449, ora in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, con il titolo *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*, pp. 187-215, spec. pp. 213-215. Di Bobbio, tra i saggi più recenti, si ricorda anche: N. BOBBIO, *Max Weber e Hans Kelsen*, in *Studi su Max Weber e il diritto*, in «Sociologia del diritto», VIII, 1981, pp. 135-154; N. BOBBIO, *Kelsen e il potere giuridico*, in *Ricerche politiche*, a cura di M. BOVERO, Milano 1982, pp. 3-26; N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, in *Hans Kelsen nella cultura*, cit., pp. 183-198. Non ci sembra tuttavia che questi ultimi saggi di Bobbio aggiungano molto al Kelsen che già conosciamo.

mento – Kelsen e il "giuridico" – a tutti coloro che si occupano del dibattito politico-giuridico della prima metà del Novecento. Mi sono allora proposto il tentativo di mettere ordine in questa intricata serie di problematiche, soprattutto di sfatare vecchi luoghi comuni; in particolare, corrodendo progressivamente l'immagine, per me ormai del tutto inattendibile, di Kelsen custode ed interprete della tradizione giuridica, non poche saranno le sorprese: tra queste, certamente la più evidente sarà data dalla possibilità d'indagare se, per certi versi, il "vero" giurista, cioè il giurista della tradizione, non sia stato proprio Carl Schmitt.

Il punto di partenza delle nostre analisi può essere collocato all'inizio degli anni Dieci, quando i nostri due giuristi esordiscono proprio misurandosi in senso critico con il problema della tradizione. I testi ai quali possiamo riferirci sono, da una parte la conferenza viennese di Kelsen del 1911, dedicata ai confini da individuare tra metodo giuridico e sociologico, e la grande monografia dello stesso anno sui "problemi fondamentali" della dottrina giuridica dello Stato; dall'altra *Gesetz und Urteil* di Carl Schmitt, dell'anno successivo, saggio dai più dimenticato, nonostante che lo stesso Schmitt abbia voluto la sua ristampa, motivandola – come vedremo – in relazione ai significati complessivi della sua opera [10].

Il rapporto di Kelsen con i giuristi tedeschi dell'Ottocento, da Gerber a Jellinek, non è certo oscuro o indecifrabile: è fin dall'inizio un rapporto di critica serrata. Già nella conferenza viennese del 1911, è del tutto nitido il distacco da Jellinek inteso come punto di arrivo di una tradizione che faceva dello Stato, tramite una certa versione del concetto di personalità giuridica, una persona "reale",

[10] H. KELSEN, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen 1911, rist. Aalen 1970 (tr. it. Napoli 1974); H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen 1923^2 (riproduce il testo inalterato della prima edizione del 1911), rist. Aalen 1960. C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München 1969^2 (riproduce il testo inalterato della prima edizione del 1912).

fondata, ed anzi identificata, in un *Substrat* omogeneo denominato "popolo". Qui Kelsen non ricorda solo come sia divenuta ormai problematica una tale nozione di "popolo" nell'età della «pluralità dei gruppi» e dei «profondi contrasti di classe» [11]; egli vuole soprattutto mettere in rilievo come, sotto questo mantello della necessaria omogeneità del "popolo" identificato nello Stato, si finisca per perdere la capacità, sul piano scientifico, di analizzare tutti quei complessi meccanismi normativi di autorizzazione, e di distribuzione di competenze, che consentono ai concreti detentori del potere politico-statale di qualificare le loro azioni come azioni statali [12]. Ma è soprattutto negli *Hauptprobleme* che le critiche di Kelsen assumono carattere organico e programmatico. Possiamo dire senza esitazione che in questa opera del 1911 viene tentata una vera e propria demolizione del concetto di "Stato" dominante nella dottrina giuridica dell'Ottocento [13]. Il primo punto di frattura, in senso forte, con tale dottrina, che in queste pagine Kelsen inizia a chiamare "dottrina giuridica tradizionale" (*traditionelle Rechtslehre*) è attorno all'idea dello Stato come prima causa, come "creatore" (*Schöpfer*) dell'ordinamento giuridico. Sono note le difficoltà in proposito di Jellinek, che, per fondare i diritti pubblici soggettivi dei cittadini, era costretto non a caso a sdoppiare lo Stato, ad inerpicarsi per i tortuosi e disagevoli sentieri della autolimitazione statale. E credo anche che i noti tor-

[11] H. KELSEN, *Über Grenzen*, cit., pp. 24 e ss.

[12] *Ibidem*, pp. 56 e ss.

[13] Noi discutiamo naturalmente del Kelsen del 1911, anche se più avanti faremo riferimento diretto ad altre opere del giurista austriaco. Sappiamo anche che esiste una certa evoluzione all'interno dell'opera kelseniana, che qui come tale non verrà analizzata per evidenti ragioni di coerenza con il nostro limitato oggetto d'indagine. Riteniamo, d'altra parte, che la monografia del 1911 lasci una traccia in qualche modo indelebile, proprio sul punto in esame della critica alla "dottrina dominante": non mancheremo, quando sarà possibile, di far riferimento in questa direzione ad altri saggi kelseniani. Per una recentissima sintesi, cfr. comunque H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 1986, con buona bibliografia. Uno sguardo complessivo anche in A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, Milano 1979; mentre è da tenere presente il recentissimo lavoro di A. CARRINO, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Napoli 1987.

menti del nostro buon Orlando, del resto tipici di una certa giuspubblicistica del suo tempo – autolimitazione giuridico-positiva o ritorno al diritto naturale? – risultino assai deboli in rapporto alla lucidissima critica contenuta in queste pagine kelseniane. Per il giurista austriaco non si pone neppure il problema di una persona statale unitaria che "crea" il diritto regolativo dei rapporti con i cittadini-sudditi. Per un motivo molto semplice: perché una tale "persona" non esiste: esistono solo azioni umane, di singoli e di gruppi, che l'ordinamento seleziona, nel senso che ad alcune di esse attribuisce la qualifica di statali. La statualità, come qualità di un'azione e non di un ente, non è un mitico presupposto, ma la conseguenza di una volontà selettiva ed attributiva [14].

So bene che proprio a questo punto inizia la critica a Kelsen. Proprio qui, infatti, si pone il problema: chi decide sulla statualità delle azioni umane, chi ha il potere sui poteri, cioè il potere di decidere sui caratteri necessari al fine di configurare un'imputazione di statualità? Chi ha scritto l'elenco, o la sistematica, di quei caratteri? Qui è certo il punto critico, ma qui è anche il punto più alto della riflessione kelseniana del 1911. La risposta del nostro giurista non è solo in termini di gerarchia delle fonti, di primato della legge formale del Parlamento, di sovranità dei principii costituzionali, di stretta legalità nella determinazione delle competenze e delle funzioni dell'esecutivo. Ciò che interessa è che Kelsen capisce come alla domanda posta si risponda efficacemente solo uscendo da un ragionamento interno ai poteri giuridicamente statuiti. Per muovere in questa direzione, egli deve forzatamente uscire da tutta la tradizione giuridica dell'Ottocento. La legge si fonda allora esplicitamente, nei suoi contenuti, e dunque anche nelle scelte da compiere, nel qualificare come statali le azioni dell'esecutivo, sul conflitto sociale: è la società, e non lo Stato, che produce la "vo-

[14] H. Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., soprattutto pp. 184 e ss., 406 e ss.

lontà statale" [15]; e la legislazione, intesa come procedimento di formazione della volontà dello Stato, è conseguentemente «funzione sociale» [16], comprensibile, non come funzione di una persona statale presupposta alla quale Kelsen non crede, ma come processo politico di selezione e di compromesso tra interessi sociali. Qui la rottura con la tradizione è nettissima, non solo perché tutti i giuristi tedeschi, da Gerber a Jellinek, si erano preoccupati, soprattutto attraverso la sanzione regia, di conferire "giuridicità" all'atto del legiferare, ma soprattutto perché, con il Kelsen del 1911, torna in primo piano, addirittura alla base dell'edificio costituzionale, la *Gesellschaft*, quel conflitto sociale che la dominazione culturale dei giuristi aveva eclissato dietro l'assorbente immagine-nozione di "popolo".

Ne derivano conseguenze di straordinaria importanza. Intanto, si può affermare che il Parlamento *non è* organo dello Stato: solo l'esecutivo è tale, appunto perché lo Stato nasce solo *dopo* che il Parlamento, come istituzione sociale, ha conseguito un soddisfacente compromesso tra gli interessi sociali [17]. Prima dello Stato inteso come ordinamento distributivo di diritti e doveri, di poteri ed obblighi, di competenze e funzioni, non c'è alcun altro "Stato", alcuna misteriosa "essenza" statale, alcuna persona "reale" dello Stato, ma solo un Parlamento ed altre istituzioni sociali che determinano i contenuti delle norme attributive di statualità. Lo Stato non è più dunque la persona della tradizione giuridica presupposta a tutte le funzioni, ivi compresa quella legislativa, ma è esplicitamente il risultato del compromesso, e contemporaneamente un meccanismo giuridico di attuazione di scelte politiche compiute sul terreno della selezione degli interessi. Ciò non significa – come troppo spesso si è ripetuto – che si tratti di un meccanismo freddo ed auto-

[15] *Ibidem*, p. 412: «Erzeuger des Staatswillens» è «nicht der Staat, sondern die Gesellschaft».

[16] *Ibidem*, p. 410, sulla legislazione come «soziale Funktion».

[17] *Ibidem*, p. 427 nota 1.

matico, poiché Kelsen si batté sempre contro ogni forma di rigida predeterminazione che tendesse a cancellare il ruolo creativo dell'interpretazione: ma ciò che è importante è che questa interpretazione, in quanto compiuta dagli organi dell'esecutivo – qui inteso in senso ampio, come complesso di organi che lavorano per l'applicazione e la concretizzazione della norma –, si muove entro confini giuridicamente definiti dalla legge, mentre *prima* dell'emanazione di quella medesima legge non si possono dare problemi d'interpretazione, ma solo di mediazione, o di scontro, sul piano politico e sociale.

Vi è quindi con Kelsen una contrazione del campo proprio del diritto – non ogni ordinamentalismo significa pangiuridicismo, e Kelsen non è Santi Romano –, vi è la rinunzia, meditata e consapevole, a qualsiasi teoria giuridica delle origini dello Stato e del diritto; prima della norma che consente allo Stato di agire non c'è alcuna mitica "entità giuridica": non il "popolo" della tradizione ottocentesca con la presunta omogeneità fondante, non la "persona" statale, e neppure la sovranità popolare di stampo giacobino che fu sempre estranea alla riflessione kelseniana; c'è invece la *Gesellschaft*, e ci sono gli uomini «chiamati a legiferare», non da un'astratta ragione collettiva, non per amore del bene comune, ma nell'intento di perseguire i loro interessi «tramite l'organizzazione statale» [18].

Crolla così inevitabilmente anche il concetto stesso di *Staatsgewalt*, senza il quale non sarebbe pensabile l'intera trattatistica tedesca di diritto pubblico della seconda metà dell'Ottocento. Per Kelsen non c'è alcuno spazio autonomo a favore di un "potere dello Stato" diverso da quella concreta volontà statale che si realizza come punto d'incontro tra distinti interessi in lotta: non c'è alcuna unità istituzionale pre-costituita, diversa da quella unità istituzionale che le forze sociali e politiche riescono a costruire.

[18] *Ibidem*, pp. 432-434: creano la volontà statale i «zur Gesetzgebung berufenen Menschen», che «durch die staatliche Organisation ihre Zwecke verfolgen».

Manca quindi, nello schema kelseniano, una persona sovrana che esercita le funzioni – legislativa ed esecutiva –, che trasfonde il mitico bagaglio della sovranità politica dal centro pre-costituito a tutti i soggetti e gli organi che agiscono svolgendo in concreto quelle funzioni. Solo l'esecutivo, come Stato-apparato, come complesso di giudici e funzionari, è f u n z i o n e d e l l o S t a t o, ma nel senso specifico che è autorizzato ad agire come Stato da una serie di norme qualificanti, mentre il legislativo è p r e s u p p o s t o dello Stato, e non suo organo. Si può anzi affermare che lo Stato medesimo è una «funzione del legislativo», poiché il legislativo non è Stato, ma "crea" Stato, creando norme che qualificano l'azione dell'esecutivo in senso statale [19].

L'ultimo mito a cadere è quello dell'interesse generale. Una volta abbandonata la via della proiezione dell'unitaria personalità statale nella realtà sociale, al fine di tradurre questa in termini di "popolo", di "substrato omogeneo", non rimane che affermare coraggiosamente la derivazione di tutta la dinamica pubblicistica dai g r u p p i d' i n t e r e s s e: «Non c'è alcun "interesse generale", bensì sempre e solo gli interessi dei gruppi, che in qualche modo guadagnano a proprio favore la volontà dello Stato» [20]. Lasciare questa dinamica aperta, senza considerarla deviazione aberrante da un modello rigido predeterminato – la persona statale, lo Stato sovrano, o altro –, senza occultarla con le vecchie immagini della tradizione giuridica – il "popolo", essenzialmente –, è il compito che Kelsen, come nuovo giurista, si assume, con un intento preciso: impedire la «statualizzazione delle istituzioni sociali», porre un freno alla tendenza della dottrina tradizionale a scorgere dappertutto organi dello Stato, a tutto ricondurre nella sfera della funzione pubblicistico-statale [21].

[19] *Ibidem*, p. 439, sulla estromissione del concetto di *Staatsgewalt* dalla costruzione giuridica dello Stato; e pp. 412 e ss.; «Wohl ist der Exekutive eine Funktion des Staates, aber der Staat ist eine Funktion der Legislative».

[20] *Ibidem*, p. 479: «Es gibt eben kein "Gesamtinteresse", sondern immer nur Gruppeninteressen, die auf irgendeine Weise die staatliche Macht, den Staatswillen für sich gewinnen».

[21] *Ibidem*, pp. 490-491: è la tendenza alla «Verstaatlichung sozialer Institutionen» che Kelsen radicalmente disapprova.

Ma questa impostazione complessiva di Kelsen ha anche un'ulteriore implicazione di grande rilevanza, della quale dobbiamo ora brevemente discutere. Se non c'è più una persona "reale" dello Stato fondata nel "popolo", la decisione politica contenuta nella legge è per sua natura provvisoria e di tipo puntuale, non può più rivendicare a sé alcuna sacralità politico-istituzionale-statale, non rivela più la nascosta ragione di tutti, ma è palesemente il risultato di una mediazione politico-sociale, che include alcuni interessi e ne esclude altri. Nello schema di Kelsen, non ci sono più lo "Stato" ed i "privati", vi sono piuttosto interessi sociali inclusi in una mediazione di tipo statale, ed altri esclusi, che lottano per essere inclusi, o anche che ricercano altro tipo di mediazioni. Ciò significa che lo Stato, cioè quel complesso d'istituzioni ed organi dell'esecutivo che agisce in base alle regole di autorizzazione contenute nella legge, è in realtà meccanismo attuativo d'interessi parziali, che, poiché hanno raggiunto la mediazione più alta e complessa, quella politico-statale, sono probabilmente i più forti, o anche quelli maggioritari o più generalizzabili, ma pur sempre parziali. Ne consegue, ancora, che lo Stato così inteso è uno dei soggetti agenti, accanto al quale si pongono, non tanto i "privati" – una sorta di residuo puramente "economico-sociale" –, quanto tutte quelle organizzazioni d'interessi, che non hanno trovato il modo d'inserirsi – o l'interesse ad inserirsi – nella mediazione politico-statale. La conclusione è che lo Stato risulta essere, alla fine, una delle organizzazioni che l'ordinamento qualifica come "soggetto giuridico" – senza tale qualificazione anche l'esecutivo, come il legislativo, si ridurrebbe a complesso di uomini che perseguono i loro interessi – alla pari dei "privati", ovvero di tutte quelle concrezioni d'interessi che non si sono realizzate sul piano politico-statale, ma che rivolgono all'ordinamento domande in fondo analoghe a quelle dello Stato-apparato [22]. S'individua così un

[22] *Ibidem*, p. 205 nota 1: presupposto logico di questa "parità", della quale più avanti discuteremo in modo più ampio, è quanto Kelsen qui afferma definendo la posizione degli *Untertanen*: essi sono, non i dominati dalla *Staatsgewalt*, co-

altro obiettivo polemico di Kelsen, accanto allo Stato-persona di Gerber e di Jellinek. Si tratta della celebre teoria del "plusvalore politico", della *Mehrwerttheorie* dell'amministrativista tedesco Otto Mayer, con la quale si puntava, contro tutta l'impostazione kelseniana, a concepire i rapporti di diritto pubblico come rapporti di sovra- e sottoordinazione, instaurati tra soggetti di "valore" – il *Mehrwert*, appunto – e "natura" diversa, come lo Stato e i "privati" [23].

È su questo terreno concreto, che è poi il terreno del diritto amministrativo, del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, tra amministrazione statale e non, della applicabilità del diritto privato alla stessa attività amministrativa pubblica, che prende piede la celebre critica kelseniana alla natura ideologica della distinzione-opposizione tra diritto privato e diritto pubblico [24]. Nata storicamente in ambito giusnaturalistico, che solo per effetto indotto dalla critica tedesca della Scuola Storica è apparso

me nella linea Gerber-Jellinek, pur con le differenze introdotte da quest'ultimo con la teoria dei diritti pubblici soggettivi, ma «alle Rechtssubjekte mit Ausnahme des Staates». È evidente come la struttura logica della definizione presupponga una nozione-base di "soggetto giuridico" applicabile sia allo Stato che ai sudditi. Questo è appunto il presupposto logico-giuridico necessario alla "parità" di cui discutiamo nel testo.

[23] Sulla *Mehrwerttheorie* di Otto Mayer, rinvio ad un mio saggio: M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1983/2, pp. 600-659. Nella stessa direzione, che è poi quella della teoria dello Stato amministrativo, cfr. *supra*, nota 7, per quanto dicevamo a proposito di Santi Romano. Un rapido confronto tra Mayer e Romano si trova in M. FIORAVANTI, *Die Theorie des "Rechtsstaats" als "Verwaltungsstaat" in Deutschland und Italien. Otto Mayer und Santi Romano*, in «Rechtshistorisches Journal», IV, 1985, pp. 89-101. Sulla nozione stessa di "Stato amministrativo" è ora fondamentale M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XL, 1986, pp. 769-794, con osservazioni che tornano utili anche per quanto diremo più avanti a proposito di Schmitt. Del testo di Nigro abbiamo purtroppo potuto tener conto solo correggendo le bozze di questo lavoro.

[24] Per la parte degli *Hauptprobleme* specificamente dedicata all'amministrazione, cfr. pp. 491 e ss.; cfr. anche pp. 629 e ss. per la critica all'opposizione pubblico-privato, anche con riferimento alla celebre teoria dei diritti pubblici soggettivi di Jellinek; e p. 670 nota 1 per una specifica critica alla *Mehrwerttheorie* di Otto Mayer. Per le tematiche indicate nel testo, ed in particolare proprio sul rapporto pubblico-privato, è esemplare H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», IV, 1924, pp. 340-357.

nel corso dell'Ottocento come ambito culturale di stampo rivoluzionario, quella distinzione puntava per Kelsen in realtà a giustificare, non solo determinati aspetti della nuova società di mercato, ma anche, e forse soprattutto, la concentrazione di potere e di sovranità nelle mani del principe [25]. Superata la fase assolutistica – e, con essa, il giusnaturalismo, come filosofia politico-giuridica propria di quella fase –, la medesima opposizione pubblico-privato rimane oggi in piedi, nel corso del Novecento, solo avendo accentuato la propria natura ideologica, della quale si serve la dottrina giuridica tradizionale – trasferitasi in buona misura sul terreno dell'amministrazione – per giustificare l'autolegittimazione dello Stato e la conseguente rete di rapporti tra la persona statale in sé fondata e gli individui "privati". Ma una costruzione di questo tipo si scontra per Kelsen ogni giorno con una realtà che ci suggerisce ormai solo concentrazioni d'interessi più o meno legate alla soluzione politico-statale: contro tale effettiva situazione, la dottrina tradizionale suggerisce invece l'immagine di una necessaria permanenza di *Mehrwert*, di plusvalore politico a favore dello Stato nei confronti delle cosiddette "associazioni" di "privati", e spinge quindi pericolosamente a considerare ogni "commistione" di pub-

[25] Kelsen ha espresso in più saggi queste sue convinzioni. È veramente fondamentale in materia H. KELSEN, *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik* (1921), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, hrsg. von H. KLECATSKY - R. MARCIC - H. SCHAMBECK, Wien-Frankfurt-Zürich-Salzburg-München 1968, 2 voll., pp. 95 e ss., specialmente p. 145, dove si mette in rilievo, sin dall'inizio della vicenda statale europea, un certo uso del termine-concetto "Stato" – o, se vogliamo, "diritto pubblico" –, atto ad imporre «un sistema di norme, con il quale si vuole, contro una data *Rechts- (und "Staats-") Verfassung*, garantire e conquistare al signore uno spazio più ampio di libera discrezionalità, soprattutto sul terreno dell'amministrazione»; non si può qui non sottolineare, a margine, come la complicata espressione grafica di Kelsen, con la quale si vuole indicare una realtà costituzionale – *Rechtsverfassung* – priva di "Stato", dovrebbe essere rimeditata anche nell'àmbito più ampio della teoria e della storia dello Stato moderno. Si ricordano anche, in direzione analoga, e con significative critiche rivolte alla Scuola Storica tedesca: H. KELSEN, *Staat und Recht* (1922), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 149 ss.; *Naturrecht und positives Recht* (1927/28), *ibidem*, pp. 215 ss.; *Die Idee des Naturrechtes* (1927/28), *ibidem*, pp. 245 ss.; *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928), *ibidem*, pp. 281 ss., specialmente pp. 311 ss.

blico e privato come segno evidente di "crisi", di deviazione da un modello che proprio la scienza giuridica è chiamata a restaurare. La dottrina giuridica tradizionale, che agli occhi di Kelsen aveva un duplice esito nella teoria della autolimitazione di Jellinek e nella teoria dello Stato amministrativo di Otto Mayer, è dunque complessivamente, per il nostro giurista, la dottrina della resistenza, e della difesa, del tradizionale rapporto Stato-società, ormai dissolto nella realtà politico-sociale, ma che si voleva conservare come ideologico metro di giudizio delle trasformazioni politiche contemporanee. La critica kelseniana alla *Mehrwerttheorie*, all'idea stessa che possano esistere soggetti di "qualità" e "valore" diverso, non è dunque affatto semplice critica liberale alla concentrazione di sovranità, mero antistatualismo, mero richiamo all'esigenza di una più puntuale tutela dei diritti dei privati, ma si accompagna sempre, inscindibilmente, alla critica alla pura società di mercato, su base esclusivamente individuale o di mero "associazionismo privato". L'immagine di una società civile puramente "economico-privata" è per Kelsen altrettanto inattendibile quanto l'immagine, speculare, di un potere statale qualitativamente diverso da ogni altra associazione umana [26].

Simili consapevolezze percorrono tutti i saggi kelseniani degli anni Dieci e Venti, soprattutto sempre più diviene centrale la critica a quella scuola amministrativistica tedesca che si andava sviluppando a dismisura sulla scia di Otto Mayer, e che proponeva appunto di conservare, o di rigenerare, il *Mehrwert* statale contro le cosiddette dissoluzioni di stampo "privatistico-associativo" [27]. Si può qui ricordare – ma solo ricordare, per evidenti ragioni di sin-

[26] La prospettiva è per me implicita in tutta l'opera kelseniana: cfr. comunque in particolar modo H. KELSEN, *Staatsform als Rechtsform* (1925/26), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 1689 ss., specialmente pp. 1694 ss. Utili osservazioni sul punto si trovano in P. RÖMER, *Die Kritik Hans Kelsens an der juristischen Eigentumsideologie*, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, cit., pp. 87-102.

[27] Vedremo poi come l'opera amministrativistica di Otto Mayer sia stata una delle fonti ispiratrici di Carl Schmitt.

tesi – il saggio del 1913 sui "contratti di diritto pubblico" [28], con il quale si tenta di minare alla radice il tentativo, avviato da Otto Mayer alla fine degli anni Ottanta con un analogo saggio proprio sui contratti di diritto pubblico [29], di allargare il più possibile il campo del diritto pubblico-amministrativo, di sottrarre il più possibile gli atti della pubblica amministrazione all'applicazione del diritto privato. È significativa qui la critica di Kelsen a Otto Mayer, che riteneva doversi sottoporre l'attività statale al diritto privato *solo* quando questa si sostanziava in azioni che anche un privato avrebbe potuto compiere: è evidente che per Kelsen t u t t e l e a z i o n i sono di questo genere, poiché l'attività dello Stato è anch'essa "azione umana", alla quale l'ordinamento attribuisce la qualifica di statale, ma che in sé non possiede alcuna misteriosa "natura", tale da creare regioni necessariamente interdette a quelle energie che si sviluppano nell'ambito del diritto privato [30].

Anche i saggi contenuti nell'antologia *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* si muovono in sostanza in questa direzione di critica ad una teoria del diritto amministrativo, che punta, nell'età di dissoluzione della antitesi pubblico-privato, proprio a mantenere fermo il *Mehrwert* statale, concentrandolo soprattutto nell'atto amministrativo quale atto in sé fondato, «aus eigener Kraft», come diceva Otto Mayer. Nell'opposizione di Kelsen a questa tendenza teorica, veramente dilagante in Germania nei

[28] H. KELSEN, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», XXXI, 1913, pp. 53-98 e 190-249, specialmente pp. 190 ss. e pp. 238 ss. per la critica ad Otto Mayer. Questo saggio può essere letto in connessione con l'altro: H. KELSEN, *Über Staatsunrecht* (1914), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 957 ss., per la comune critica alla teoria dell'atto amministrativo di Otto Mayer e della sua scuola. Nella *Vorrede* alla seconda edizione degli *Hauptprobleme*, del 1923, Kelsen narra, a grandi linee, le tappe lungo le quali si è sviluppata la sua teoria a partire dalla prima edizione del 1911, ed indica proprio nel saggio del 1913 sui "contratti di diritto pubblico" un decisivo punto di snodo: H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., *Vorrede*, p. XV.

[29] Sulla rilevanza di questo saggio, cfr. M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza*, cit., pp. 614 ss.

[30] H. KELSEN, *Zur Lehre*, cit., pp. 243-249.

primi venti anni del secolo, non c'è solo, come volgarmente si dice, il "primato del Parlamento"; c'è anche l'acuta percezione, del tutto esatta, che nell'atto amministrativo e nella burocrazia si sta spostando quello che la dottrina tradizionale chiamava il *Wesen* statuale, l'essenza dello Stato, cioè proprio il *Mehrwert* politico-statale, la possibilità stessa di mantenere integro il quadro di riferimento consolidato nel dogma della personalità giuridica dello Stato: nella teoria dell'atto amministrativo che vive di "forza propria" rispuntava fuori per Kelsen l'idea dell'autolegittimazione statale, di una necessaria differenza qualitativa tra lo "Stato" ed ogni altra "associazione" [31].

[31] Sul punto, oltre agli *Hauptprobleme* già considerati, ed oltre a quanto già indicato *supra*, nota 28, sono per lo meno da ricordare i seguenti saggi: *Rechtsstaat und Staatsrecht* (1913), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 1525 ss.; *Zur Lehre vom Gesetze im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung* (1913), *ibidem*, pp. 1533 ss.; *Das Verhältnis von Staat und Recht* (1921), cit., *ibidem*, pp. 139-141, con esplicito riferimento critico alla teoria dell'atto amministrativo di Otto Mayer, che si traduce, secondo Kelsen, in una pericolosa presunzione assoluta di conformità al diritto degli atti dello Stato, ed in particolare dell'esecutivo: è questa, criticata da Kelsen, la «presunzione di conformità al diritto delle azioni degli organi superiori dello Stato»; di contro, la teoria kelseniana della dissoluzione della cosiddetta "essenza" statale entro l'ordinamento giuridico conduce alla via opposta della critica e della riforma delle istituzioni: «Poiché se lo Stato non fosse visto come qualcosa di diverso dal mutevole ordinamento giuridico – e dalle sue norme – costruito sulle scelte degli uomini e secondo criteri di opportunità, se non fosse visto come un'entità naturale e necessaria, un'esistenza data in modo indiscutibile, una realtà assoluta (o un valore assoluto), allora sarebbe più facile anche la presa di posizione critica contro lo Stato concreto (inteso allora come un ordinamento puramente casuale), vi sarebbero meno ostacoli sulla via della riforma» (*ibidem*, p. 103). Si può dire, in conclusione, che nel corso degli anni Dieci-Venti, ed anche successivamente, Kelsen ravvisi in quella certa teoria dell'atto amministrativo la sistematica ripresa della teoria dello Stato come *Substanz* presupposta all'ordinamento, da lui costantemente avversata, come vediamo anche per motivi di politica del diritto. Sul punto, sulla critica al *Substanzbegriff* statuale, è fondamentale H. KELSEN, *Gott und Staat* (1922/23), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 171 ss., dove Kelsen contrappone alle pretese di "modernità" del neostatualismo l'indirizzo generale della scienza contemporanea, che tende a dissolvere tutti i concetti di "sostanza" in concetti di "funzione": si ha così la psicologia come «dottrina dell'anima senza anima» – cioè senza il concetto sostanziale di "anima" –, la fisica come «dottrina della forza senza forza» – *Kraft*, ancora nel medesimo senso –, ed appunto la scienza del diritto pubblico come «dottrina dello Stato senza Stato» (p. 193), ovvero senza il *Substanzbegriff* "Stato", che deve valere ormai solo come ipotesi funzionalmente ordinatrice di rapporti politici giuridicamente ordinabili; da ricordare anche H. Kelsen, *Das Wesen des Staates*, in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 1713 ss.

Di grande interesse, sotto questo profilo, è anche il saggio del 1931 pubblicato originariamente negli *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, perché giunge a conclusione di un ventennio di critica alla dottrina giuridica dominante, e nello stesso anno della celebre polemica con Schmitt sul "custode della costituzione" [32]. Qui la storia europea del politico, degli effettivi rapporti di dominazione, è vista come storia di progressiva «Relativierung»: è a questo dato di fatto che non vuole rassegnarsi la dottrina giuridica, che continua a riproporre, con una certa versione del dogma della personalità giuridica dello Stato, con una certa teoria dello Stato amministrativo, un valore assoluto, s t a t a l e, della sovranità. Si vuole insomma artificiosamente conservare il simbolo e «l'apparenza della sovranità dello Stato», proprio mentre la categoria della sovranità statale perde ogni giorno quota nella realtà, grazie anche alla nuova dimensione del diritto internazionale, alla quale non a caso Kelsen dedicò sempre grande attenzione [33]. Ciò che per il nostro giurista non è più possibile, è fissare in modo certo un punto, al di là del quale il diritto è comunque privato, al di qua del quale – dal punto di vista della "sovranità statale" – il diritto rimane comunque, in modo r i s e r v a t o, pubblico. C'è invece una serie continua ed ininterrotta di «formazioni giuridiche»; c'è lo «Stato federale, la federazione di Stati, lo Stato singolo, lo Stato membro», e poi, sul piano interno, la «provincia autonoma, il comune», ma – ed ecco il punto veramente decisivo – la catena giunge, senza solu-

[32] H. KELSEN, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*, in *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, hrsg. von H. KURZ, Darmstadt 1970, pp. 164-178 (già in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena 1931, pp. 1-11). Torneremo più avanti sulla problematica costituzionale connessa al "custode della costituzione". In tema di sovranità non si può infine non ricordare H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen 1928² (prima ed. 1920), rist. Aalen 1960, da rileggere contro semplificazioni correnti che vorrebbero fare di Kelsen il teorico della sovranità dell'ordinamento contro la sovranità dello Stato, ciò che per il nostro giurista – a chiare lettere in questo saggio – sarebbe un'altra inconcepibile forma di dualismo, di sdoppiamento dell'oggetto d'indagine, quasi il rovescio della medaglia dello sdoppiamento che conduce a pensare la cosiddetta "essenza" dello Stato al di là dell'ordinamento normativo-positivo.

[33] H. KELSEN, *Der Wandel*, cit., pp. 172 ss.

zioni di continuità, senza salti qualitativi, «fino all'ultima associazione di diritto civile fondata su base contrattuale»: c'è quindi, soprattutto, una catena unica che lega lo "Stato", a questo punto privato di ogni "plusvalore", con le associazioni sorte sul terreno del diritto civile-contrattuale [34]. Ed ancora: c'è un ordinamento dentro il quale vivono, in una logica di tendenziale parità, soggetti "privati" e "pubblici", tra i quali lo Stato. In modo del tutto conseguente, l'atto amministrativo ed il negozio giuridico rappresentano solo diverse forme di utilizzazione, e di concretizzazione, delle regole dell'ordinamento, senza che il primo possa rivendicare, in quanto "Stato", una speciale posizione, diversa dal secondo. Ne consegue poi, in ultima analisi, che con l'atto amministrativo si possono perseguire anche fini "privati", nel vasto campo, in forte espansione, dell'attività patrimoniale dei soggetti pubblici, così come con il negozio giuridico, certo non più – ovviamente – quello pandettistico dell'incontro libero di due volontà astrattamente libere ed eguali, si possono perseguire anche fini "pubblici", nel senso di fini politici di organizzazione degli interessi, politici ma non più statali:

[34] *Ibidem*, p. 177. Queste associazioni – «Vertragsgemeinschaften», dice Kelsen –, essendo disposte sulla stessa linea della più complessa organizzazione statale, possono cercare di realizzare più razionalmente i loro interessi anche tramite quella organizzazione, senza che si debba con ciò pensare ad un'indebita confusione di "pubblico" e "privato"; cfr. *supra*, nota 20, dove queste associazioni, viste sotto il profilo della dinamica pubblicistica, divengono *Gruppeninteressen*. Inutile sottolineare quanto la problematica degli interessi dei gruppi attraversi tutta l'opera kelseniana, e giunga fino al cuore del modello costituzionale, in difesa del ruolo dei partiti politici: cfr. comunque H. KELSEN, *Zur Soziologie der Demokratie* (1926), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 1729 ss.. Senza contare i più celebri "scritti politici" come H. KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien-Leipzig 1924, e H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1929, tutti pervasi dalla consueta critica al *Wesen* statuale ed a tutti gli organicismi – di nuovo il "popolo" della dottrina tradizionale – che occultano la reale molteplicità dei gruppi e degli interessi in conflitto. La stessa esaltazione del ruolo del Parlamento non deriva da alcuna astratta logica di sovranità popolare, dalla quale Kelsen fu sempre distante, ma dal fatto che il Parlamento rappresenta, ed il più possibile deve rappresentare, «*la situazione di fatto degli interessi in conflitto*, ciò che è il postulato teorico per giungere ad un compromesso»: H. KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., tr. it. in H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna 1981, p. 172 (il corsivo è di Kelsen). Spunti interessanti sul *Parteienstaat* in Kelsen si trovano in G. WIELINGER, *Demokratisches Prinzip, Parteienstaat und Legalitätsprinzip bei Hans Kelsen*, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, cit., pp. 263-274.

che è poi, puntualmente, la realtà che abbiamo di fronte, quella realtà che nasceva all'inizio del secolo, e che la dottrina tradizionale, contro Kelsen, negava ed esorcizzava.

È giunto il momento di concludere su Kelsen ed il suo rapporto con la "tradizione giuridica". Le tematiche che abbiamo affrontato sono al centro anche delle due opere principali del nostro giurista degli anni Venti: la *Allgemeine Staatslehre*, e *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, che anzi in molti punti non sono altro che la ricucitura dei contenuti dei saggi precedenti, scritti dopo la pubblicazione degli *Hauptprobleme* [35]. Si lascia qui consapevolmente da parte la *Stufenbaulehre* e la teoria della *Grundnorm* – e la questione di quanto queste dottrine abbiano inciso nell'evoluzione del pensiero kelseniano –, osservando che questi problemi di teoria generale del diritto, e di metodologia giuridica, dovrebbero essere forse ristudiati alla luce di quanto complessivamente abbiamo detto, e non più a partire, come di consueto, da fumose definizioni di "positivismo giuridico" o, peggio ancora, di "metodo giuridico" [36]. Dietro a quelle teorie c'è infatti, in atto, un conflitto concreto per la ridefinizione del ruolo dei poteri dello Stato, per la ricollocazione dello Stato medesimo in rapporto agli interessi organizzati, per la riproblematizzazione del rapporto pubblico-privato: e que-

[35] Cfr. *supra*, nota 8 per la *Allgemeine Staatslehre*. Dobbiamo qui tralasciare un'analisi puntuale di H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen 1928² (prima edizione 1922), rist. Aalen 1962, dove assai evidente è la ripresa, anche letterale, dei saggi degli anni precedenti, *supra* cit. alle note 25, 28, 31: cfr. comunque specialmente pp. 114 ss. per le critiche alla dottrina giuridica tradizionale, a noi già note.

[36] Per il carattere ipotetico-relativo della *Grundnorm*, in contrapposizione ai vecchi criteri giusnaturalistici di legittimazione in senso sostanzialistico-assoluto, cfr. comunque H. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, cit., in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 286 ss.. Non si può poi non osservare come nell'opera postuma H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien 1979), ora in tr. it., H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, a cura di M. G. LOSANO, Torino 1985, sia ormai proclamata a chiare lettere la natura fittizia della norma fondamentale (pp. 434-435). Per i legami tra *Grundnorm* e *Stufenbaulehre*, cfr. J. BEHREND, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens*, Berlin 1977, specialmente pp. 49 ss. per la recezione della dottrina della costruzione "a gradi"

sto mi sembra l'essenziale della vicenda. Su tutti questi punti, il rapporto di Kelsen con la tradizione giuridica è rigorosamente conflittuale, di serrata critica, e lo sarà anche dopo l'adozione della teoria della *Grundnorm*, addirittura fino alla fine, fino ai saggi del periodo americano, nei quali continuamente riapparirà la figura della "dottrina giuridica tradizionale" quale oggetto di osservazioni critiche [37].

Attraverso l'appassionato impegno teorico di Kelsen, ab-

di Merkl nel sistema kelseniano, che l'autore data attorno all'inizio degli anni Venti, con effetti anche rilevanti sugli sviluppi del pensiero di Kelsen. Tra questi, vi sarebbe anche un certo superamento della contrapposizione tra legislativo ed esecutivo, tra ordinamento giuridico ed amministrazione statale, tipica della prima edizione degli *Hauptprobleme* del 1911, cui abbiamo fatto in prevalenza riferimento. Si tratta però di capire se proprio nella "rigidità" delle contrapposizioni giovanili kelseniane non siano per caso contenute, nella critica alla tradizionale dottrina giuridica, intuizioni per noi di grande rilievo, mantenute intatte anche nel Kelsen più maturo, in qualche modo autonome dalle più tarde sistematiche. Sull'opera postuma di Kelsen, vedi anche le considerazioni di K. OPALEK, *Überlegungen zu Hans Kelsens "Allgemeine Theorie der Normen"*, Wien 1980.

[37] Per l'ultimo Kelsen, cfr. H. KELSEN, *Was ist die Reine Rechtslehre?* (1953), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 611 ss., dove il nostro giurista interviene con grande chiarezza nel dibattito contemporaneo per evitare qualsiasi assimilazione della sua "dottrina pura del diritto" con la tradizionale giurisprudenza concettuale dell'Ottocento. Ancora più recente è H. KELSEN, *Souveränität* (1962), in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, cit., pp. 2269 ss., dove il concetto di sovranità è visto come uno dei «più importanti concetti della tradizionale teoria giuridica dello Stato» (p. 2269), della teoria alla quale Kelsen si era opposto – come sappiamo – a partire dall'ormai lontano 1911. Si dovrebbe anzi studiare più da vicino questo ultimo Kelsen "americano", nel quale affiora, ogni tanto, anche qualche sentimento di delusione per non essere riuscito a scalzare le posizioni di forza della dottrina da lui combattuta fino dagli esordi scientifici. Si deve infine ricordare, sempre sotto il profilo della critica alla "tradizione", il saggio H. KELSEN, *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Wien 1930, ora in H. KELSEN, *Drei kleine Schriften*, Aalen 1971, pp. 7-97, dove il nostro giurista quasi cinicamente smonta, pezzo per pezzo, le teorie di Smend, per mostrare come, sotto la loro apparente veste di novità, esse non rappresentino altro che l'ultimo e più raffinato tentativo di restaurare «la tradizionale idea» dello Stato come reale «unità obbiettiva» (p. 40). Che Kelsen avesse colto nel segno, è per noi dimostrato dal più tardo saggio di sintesi di R. SMEND, *Staat*, in *Evangelisches Kirchenlexikon*, III, 1959, 1962^2, pp. 1105-1113, che in modo esemplare ribadisce le nozioni di "Stato" come sostanziale *Macht*, e di "popolo" come grandezza storica, non riducibile né alla dimensione politica della *Aktivbürgerschaft*, né alla dimensione tecnico-pratico-economica della società industriale-borghese nata dalla dissoluzione del vecchio ordine cetuale, se non al prezzo – che Smend non vuol pagare – di una riduzione del concetto tradizionale di "Stato" nella prassi politico-sociale del *government*.

biamo così individuato alcuni nuclei forti della tradizione: l'idea di una persona "reale" dello Stato, fondata nel "popolo", che detiene il monopolio della "creazione" del diritto, e che si "autoobbliga" nei confronti dei sudditi-cittadini, e l'idea di un "plusvalore" a favore del pubblico-statale concretizzata nella teoria dell'atto amministrativo di Otto Mayer e della sua scuola. C'è però un terzo punto, che ritengo decisivo e che ho lasciato volutamente da parte: è il ruolo del giurista, filtrato proprio attraverso il rapporto con la tradizione. Anche su questo terreno, la rottura è evidente. Il giurista kelseniano – e così fu lo stesso Kelsen – può essere solo, o un politico del diritto, che lavora *per* lo Stato, nel senso che lavora per favorire l'integrazione degli interessi per il tramite di una mediazione politico-statale, o *contro* lo Stato, nel senso che lavora per la riforma di quel concreto Stato che sistematicamente esclude dalla mediazione determinati interessi; o un tecnico del diritto, che lavora *nello* Stato, per attuare il diritto, per rendere la volontà dello Stato la più possibile coerente, la più possibile conforme alle regole dell'ordinamento. Non c'è spazio per una sintesi tra i due aspetti, non c'è spazio cioè per il giurista-scienziato ottocentesco, che si poneva al centro dell'esperienza, volendo essere nello stesso tempo politico e tecnico del diritto, e finendo così per porsi al di là, sia delle eventuali regole della politica, sia delle regole, certe, del diritto positivo. In Kelsen è allora nettissima la critica anche a quest'altra grande componente della tradizione, all'ideologia del ceto dei giuristi, che certamente gli sembrò inadeguata – ed anche gravida di pericoli per il futuro – di fronte alla nuova situazione costituzionale dei primi decenni del Novecento, sia che il punto di vista fosse quello della riforma, o quello della stabilità delle istituzioni; e che, nel suo caso, implicava, ed implicò, una radicale presa di distanza dalla Scuola Storica di Savigny e dalla più tarda giurisprudenza concettuale, che avevano dominato il panorama culturale dei giuristi tedeschi dell'Ottocento [38].

[38] A rigore, dovremmo ora riesaminare i testi kelseniani da questo ulteriore punto di vista. Cosa che risulta praticamente impossibile, per evidenti ragioni di

Abbiamo accennato da ultimo a questo aspetto del ruolo del giurista, perché ci consente d'introdurre Schmitt, che prese le mosse, nel 1912, proprio da questa problematica, con *Gesetz und Urteil*[39]. Saggio, come dicevamo all'inizio, solo di rado posto all'attenzione degli studiosi, forse perché considerato troppo tecnico, tutto interno al mondo dei giuristi, e come tale eccentrico rispetto ad un presunto asse centrale dell'opera di Schmitt, identificato attorno ad una più ampia teoria del politico. In definitiva, l'opera di un giovane giurista, quasi un'esercitazione, rigorosamente svolta entro i confini della disciplina[40]. Eppure la nota introduttiva di Schmitt alla seconda edizione, dell'ottobre del 1968, è ben chiara, e si dirige polemicamente

sintesi. Per le critiche alla Scuola Storica, cfr. comunque i saggi kelseniani cit. *supra*, nota 25. Per quanto riguarda il rapporto critico con la *Begriffsjurisprudenz*, cfr. il saggio H. KELSEN, *Was ist die Reine Rechtslehre?* (cit. *supra*, nota 37), dove Kelsen mette in guardia i giuristi da quell'uso dei concetti giuridici che nell'Ottocento aveva fatto pensare alla scienza giuridica come fonte di diritto, alla possibilità di dedurre dai concetti medesimi vere e proprie "norme giuridiche": il sogno di "scientificizzare" la prassi è per il nostro giurista definitivamente tramontato, radicalmente diversi sono ormai i mestieri di pratico e teorico del diritto, e distinte devono rimanere anche, nel senso da noi indicato nel testo, la "politica del diritto" e la "scienza del diritto".

[39] C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München 1969 (riproduce il testo inalterato della prima edizione del 1912).

[40] Per l'analisi del primo Schmitt, cfr. comunque H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin 1964, pp. 32 ss.; H. RUMPF, *Carl Schmitt und Thomas Hobbes. Ideelle Beziehungen und aktuelle Bedeutung, mit einer Abhandlung über die Frühschriften Carl Schmitts*, Berlin 1972, pp. 11 ss., che tuttavia esclude proprio *Gesetz und Urteil* dalla sua indagine, con la motivazione, certamente discutibile, che si tratta di un lavoro «puramente giuridico» (p. 12). Qualche osservazione sui primi lavori di Schmitt, ma senza adeguata attenzione all'impegno teorico-giuridico, si trova in J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt, Theorist for the Reich*, Princeton 1983, pp. 3 ss.. Trascura il saggio schmittiano del 1912 anche V. NEUMANN, *Der Staat im Bürgerkrieg. Kontinuität und Wandlung des Staatsbegriffs in der politischen Theorie Carl Schmitts*, Frankfurt a.M. 1980, che pure sostanzialmente si avvicina ai temi più specificamente teorico-giuridici; mentre maggiore attenzione alle problematiche del 1912 è contenuta nelle pagine di I. MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, München 1976, pp. 88-102, di W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstat. Hermann Heller und die staatstheoretische Diskussion in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 1983², pp. 219 ss.; e, pur nella necessaria sintesi, di M. STOLLEIS, *Carl Schmitt*, in *Staat und Recht. Die deutsche Staatsrechtslehre im 19. und 20. Jahrhundert*, hrsg. von M. J. SATTLER, München 1972, p. 128. Ma è soprattutto da parte di uno studioso italiano che

contro coloro che avevano identificato "decisione" – *Dezision* – e "atto di arbitrio" – *Willkür-Akt* –: l'intento è dunque quello di mettere in rilievo come quel tema della decisione sia nato sul terreno del diritto, nell'ambito di una monografia rivolta addirittura alla prassi giuridica, ben lontano da ogni esaltazione del "soggetto" e dei suoi possibili "arbitrii" [41]. È la monografia di un giurista che si pone il problema di «quale principio normativo sia a fondamento della prassi giuridica moderna», che ricerca il criterio secondo il quale «oggi la decisione assunta nell'àmbito della prassi sia da considerarsi giuridicamente giusta», e che muove da un presupposto: la conformità alla legge non esaurisce più il problema della giustezza della decisione [42].

Schmitt ricerca un criterio giuridico, al di fuori di ogni aspirazione a far ricerca sociologica – sociologia della prassi, o della giurisprudenza –: non si tratta di contrapporre «validità ed effettività, norma e prassi empirica», o «legge astrattamente valida e vita quotidiana», ma di ricercare per la prassi un altro criterio di validità, ad essa specifico, diverso da quello legislativo-normativo della conformità alla legge [43]. Il nostro giurista ha ben-

si è posto più precisamente il problema della teoria giuridica schmittiana, secondo prospettive che investono anche la nostra questione del rapporto con la "tradizione": cfr. P. P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano 1982, specialmente, pp. 41 ss.; P. P. PORTINARO, *La dottrina del governo misto e il pluralismo liberale nella critica di Carl Schmitt*, in «Nuovi studi politici», IX, 1979, pp. 25-49; P.P. PORTINARO, *Max Weber e Carl Schmitt*, in *Studi su Max Weber e il diritto*, in «Sociologia del diritto», VIII, 1981, pp. 155-182; e specialmente P. P. PORTINARO, *Che cos'è il decisionismo?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LIX, 1982, pp. 247-267, specialmente pp. 252 ss., dove, non a caso, rispunta fuori lo Schmitt del 1912 che criticamente pone il problema dell'applicazione del diritto, anche se Portinaro ci sembra qui contrapporre un po' troppo rigidamente la decisione nel "senso debole" – quella del 1912 sul caso conflittuale da risolvere – e la decisione nel "senso forte" – quella, più tarda, relativa allo stato d'eccezione. Torneremo su questi problemi. Infine è da tenere presente il recente saggio di M. NICOLETTI, *Alle radici della "teologia politica" di Carl Schmitt. Gli scritti giovanili (1910-17)*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento», X, 1984, pp. 255-316, specialmente pp. 260-265 a proposito di *Gesetz und Urteil.*

[41] C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, cit., nota introduttiva.

[42] *Ibidem*, pp. 1-2.

[43] *Ibidem*, pp. 4-5.

presente la *Freirechtsbewegung*, il movimento per il "diritto libero", che contesta l'ideologia del giudice come macchina atta a sussumere i fatti nelle norme, che reclama la necessità di una «ponderazione degli interessi», di uno sguardo più ravvicinato ai «bisogni reali dei traffici», di una rinnovata centralità del momento teleologico, al di là della dottrina tradizionale, che operava con puri concetti giuridici [44]. Ma tutto questo non interessa il giurista Carl Schmitt, che deve, da giurista, affrontare i problemi conseguenti al fatto che «con il puro rinvio alla legge la prassi giuridica non è spiegata» [45]. Così, anche l'indagine sulla psicologia del giudice, o sulle motivazioni "vere" della sentenza, non interessa Schmitt, che pone solo un problema rigorosamente giuridico di organizzazione della prassi, sul presupposto che la *Gesetzlichkeit* non possa esaurire la tematica della decisione giusta [46]. Si può anzi affermare che il nostro giurista combatte, sia contro l'ideologia del giudice-macchina, sia contro l'opposta tendenza ad uscire da quella ideologia uscendo, a suo giudizio, dal diritto, proponendo cioè una decisione g i u s t a p e r c h é a d e g u a t a alla "società" ed ai suoi bisogni. E, di più, per Schmitt un esecutivo – nel senso di complesso di giudici e funzionari che lavorano per la concretizzazione delle norme – del tutto legato, o all'ideologia del primato della legge, o a quella dei bisogni della società, è comunque un esecutivo che genera insicurezza giuridica, incertezza del diritto, proprio perché legato ad una ragione politico-sociale e s t e r n a, sia essa quella della legge o della società, proprio perché incapace di elaborare un autonomo e specifico criterio giuridico. Questo criterio è quello della «determinatezza giuridica» – *Rechtsbestimmtheit* –, che costituisce appunto «il punto di vista normati-

[44] *Ibidem*, pp. 9 ss.

[45] *Ibidem*, p. 16.

[46] *Ibidem*, p. 39, ed in genere, pp. 40 ss., dove Schmitt insiste sul fatto che la rinunzia al principio di conformità alla legge come dominante criterio di giustezza della decisione non implica affatto una sorta di liberazione della "creatività" dell'interprete: si tratta anzi di trovare un altro, e più affidabile, criterio giuridico, superando i vacui richiami alla "giustizia sostanziale" o alla "opportunità sociale".

vo» della prassi, e che consente – nei termini che vedremo – di giungere a «decisioni calcolabili», di perseguire con sufficiente successo quei valori che sono posti alla base dell'indagine schmittiana: affidabilità, certezza, prevedibilità, stabilità [47].

Arriviamo finalmente alla formulazione di Schmitt. Una decisione della prassi è giusta quando è possibile affermare che in quel modo avrebbe deciso un altro giudice: «Un altro giudice significa qui il tipo empirico del moderno giurista colto» [48]. Dunque, dopo aver valutato i precetti della legge, e dopo ogni altra considerazione, si decide con riferimento alle convinzioni medie del giurista colto operante nella prassi – ciò intende Schmitt per "tipo empirico" –, *con riferimento al patrimonio intellettuale* del ceto dei giuristi. Dunque, nessuna apologia della "soggettività" del giudice, che deve anzi, per così dire, obbiettivarsi, tradurre se medesimo in espressione specifica del "tipo empirico", inserire la sua decisione nel contesto globale della prassi. La "determinatezza giuridica" è proprio questo, è la tendenza, attraverso tale meccanismo, alla stabilità ed alla prevedibilità della prassi, che non si legittima più quale portatrice di certezza giuridica perché esecutrice della legge, ma dal p r o p r i o i n t e r n o: «la prassi si giustifica dunque attraverso se medesima» [49].

Se la «decisione del giudice è giusta quando è prevedibile e calcolabile», se lo scopo ultimo è quello di «evitare l'insicurezza del diritto», allora la risposta non può essere quella formale dell'autorità della legge, poiché anche la legge è solo uno strumento che deve servire a conseguire l'obiettivo sostanziale della certezza della prassi. Fin quando il diritto positivo legislativo statale è in grado di garantire la determinatezza giuridica, e dunque di produrre «una prassi univoca», conformità alla legge e giustezza della decisione coincidono [50]. Ma tutto il lavoro di

[47] *Ibidem*, pp. 62 ss.

[48] *Ibidem*, p. 71.

[49] *Ibidem*, pp. 73 ss., e p. 86: «Die Praxis rechtfertigt sich also durch sich selber».

[50] *Ibidem*, pp. 111 ss.

Schmitt è evidentemente basato sull'eventualità storica – che è sicuramente per lui quella del suo presente – che un tale presupposto possa mancare. Allora, quando la legge non garantisce più l'univocità della prassi, quando dalla legge giungono alla prassi impulsi disgreganti, e non unificanti, perché anche quella legge ha perduto i caratteri classici di generalità ed astrattezza, perché anch'essa è divenuta luogo e risultato di conflitto, allora il giurista della prassi ha per Schmitt il dovere di salvaguardare da solo i valori giuridici di prevedibilità, di certezza e di stabilità, anche decidendo *contra legem*, contro la non più rassicurante mediazione legislativa.

Non è allora difficile concludere sul punto. Il problema di Schmitt è lo stesso di Kelsen: è l'ingresso di una ragione politico-sociale, plurale e conflittuale, entro il sistema giuridico. Ma mentre Kelsen pensa e valuta che ciò non costituisca affatto la fine di ogni certezza individuale e collettiva, ed accetta il mutamento, accettando di disciogliere la vecchia sovranità politico-statale entro un sistema complesso e coordinato di soggetti pubblici e privati, costruito su base ordinamentale, Schmitt torna invece a proporre il tema del "vero" diritto e del suo valore assoluto, ed allora, di fronte alle incoerenze della legge, propone in sostanza di arretrare la trincea, di elaborare, in piena autonomia metodologica, una vera nuova certezza del diritto all'interno, e dall'interno, della prassi. Se il diritto legislativo si sta sbriciolando sotto l'urgenza dei bisogni sociali organizzati, non per questo si deve rinunziare ad una prospettiva di "vero" diritto, costruendo nella prassi, e con l'ausilio della scienza giuridica, un "diritto" più certo di quello legislativo.

Questa concezione di un altro diritto come "vero" diritto domina anche, in stretta continuità, l'altra opera giovanile, del 1914, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* [51], della quale non vogliamo discutere se non per osservare come sia probabilmente da rivedere, secon-

[51] C. SCHMITT, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen 1914. Su questa opera, cfr. *supra* i saggi citati alla nota 40.

do il profilo sopra indicato, il criterio interpretativo fin qui adottato, che ruota attorno al cosiddetto "giusnaturalismo" di Carl Schmitt. Di "giusnaturalismo" si può parlare solo se si chiarisce preliminarmente che in questo "diritto naturale" si ricercano quelle condizioni di stabilità e certezza, di unità, che il diritto statale-legislativo non era più in grado di offrire. La polemica del 1914 contro «il diritto statale come diritto funzionale, determinato dagli scopi, rivolto alla mediazione» è già polemica contro il legislatore coinvolto nel conflitto sociale, presuppone la scelta del 1912 per l'autonomia dei criteri giuridici della prassi, per altri luoghi e modalità istituzionali con le quali sia possibile ricostruire l'unità infranta, rilanciare l'idea di un politico non più mera «costruzione» degli uomini, semplice mezzo per la soddisfazione degli egoismi sociali [52].

È allora più comprensibile anche la premessa di Schmitt al suo lavoro sulla dittatura, nella quale *Gesetz und Urteil*, il saggio del 1914 ora ricordato, e quello medesimo sulla dittatura, sono unificati perché aventi un unico oggetto: «il concetto critico di attuazione del diritto», che si determina nella «opposizione tra norma del diritto e norma di attuazione del diritto» [53]. La stessa dittatura commissaria dovrebbe essere ristudiata da questo punto di vista, come situazione nella quale il "diritto" può essere attuato solo sospendendo la costituzione formale, mettendo cioè a nudo l'autonomia di una prassi attuativa capace da sola di ricercare uno stato di cose più favorevole al "diritto", giudicato ormai, evidentemente dalla prassi medesima, e nella situazione concreta, come *altro* rispetto alla legge formalmente intesa, quanto meno non più riconducibile, se non con suo proprio sacrificio, entro le procedure stabilite dalla costituzione formale-positiva. Si può dire così che

[52] *Ibidem*, p. 75: il diritto che domina il rapporto Stato-individuo si distingue nettamente dallo «staatliche Recht, als dienendes, zweckbestimmtes, vermittelndes Recht»; ed anche, in direzione analoga, p. 93.

[53] C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin 1921, 1964^3 (tr. it. Bari 1975).

la dittatura commissaria rappresenti la trasposizione a livello costituzionale, e la generalizzazione, di quanto Schmitt già aveva sostenuto nel 1912 nell'ottica più circoscritta del "caso" da risolvere nell'àmbito della prassi, soprattutto giudiziaria. Così come il giudice – nel 1912 – può decidere *contra legem* per salvare la "determinatezza giuridica" della prassi, così ora politici e giuristi, con la dittatura, possono consentire alla sospensione della costituzione formale, se ciò attiva di nuovo una prassi che conduce ad attuare il "diritto", ancora una volta, evidentemente, quello "vero", ormai diverso dal diritto costituzione formale, anzi da questo abbandonato e tradito. Così come il giudice si erge in proprio a tutore dei valori di certezza, stabilità e prevedibilità, così il dittatore diviene, in questa medesima prospettiva, il garante dell'applicazione del "diritto", il tutore della "normalità" di fronte ad un diritto formalmente vigente, ma nei suoi effetti pratici – qui sta appunto l'autonomia della prassi – incoerente e distruttivo [54].

[54] *Ibidem*, pp. 146 ss.. È vero che per Schmitt «la dittatura commissaria sospende *in concreto* la costituzione per difenderne l'esistenza» (p. 148), contrariamente alla dittatura sovrana che vuole imporre una nuova costituzione, «ritenuta come quella autentica» (p. 149); ed è vero che la dittatura commissaria significa unicamente «una eccezione concreta» rispetto alla costituzione formale che viene sospesa «senza cessare, con ciò, di rimanere in vigore» (p. 149); ed anzi, per Schmitt, «la dittatura difende una determinata costituzione da un attacco che minaccia di sopprimerla» (p. 148). Ma tutto questo implica solo che la dittatura commissaria nasce con un termine nel tempo e con uno scopo definito, di ripristino integrale della costituzione sospesa. Rimane però aperto il problema che solleviamo nel testo. Infatti, anche la dittatura commissaria, pur non mirando a sostituire la costituzione formalmente vigente, presuppone la capacità di giudicare complessivamente quella costituzione, ed in particolare di ritenerla, in una certa fase storica, del tutto inadeguata come "norma di attuazione del diritto". Quando si decide sulla necessità di una dittatura commissaria, e nel periodo in cui questa dittatura opera, è inevitabile far riferimento ad un "diritto" – e ad una "normalità" – violato o non applicato, un "diritto" che è altro rispetto alla legge ed alla costituzione formale. La differenza tra dittatura commissaria e sovrana non è quella – e Schmitt lo sapeva bene – tra ripristino della costituzione formale e sua eversione, tra mera eccezione di fatto e tentativo d'imporre un nuovo diritto; è piuttosto la differenza tra una situazione nella quale il "diritto" può essere ricondotto nella vecchia costituzione con un periodo di dittatura commissaria, ed un'altra situazione, nella quale è ormai irreversibile il distacco tra quel medesimo "diritto", che si trasforma in potere costituente, e quella medesima costituzione. Non è un caso che le due dittature siano appunto tali, appartengano cioè al medesimo *genus*. Ed in effetti, quando si decide per la dittatura commissaria, non si fa altro che inaugurare una situazio-

Sorge ora un problema: quale "diritto"? Anche su questo punto è essenziale il richiamo a *Gesetz und Urteil*. Il "diritto" in questione è, come nel 1912, orientato dai valori della certezza, della determinatezza, della stabilità. La costituzione formale viene sospesa, con la dittatura commissaria, quando diviene evidente, in una certa fase storica, che un'integrale applicazione di quella costituzionale, lungi dal realizzare i valori nominati, finisce addirittura per minacciarli, ad esempio garantendo un troppo ampio spazio alle espressioni organizzate del conflitto sociale e politico [55]. In definitiva, anche la costituzione, come la legge, può turbare la determinatezza della prassi; e tutta l'elaborazione teorica di Schmitt conduce a concludere che solo dal punto di vista della prassi può essere espresso un tale giudizio sulla costituzione, sulla sua inefficacia, o pericolosità, quale "norma di attuazione del diritto". Al di là delle prescrizioni formali della costituzione, relative alle modalità con le quali può essere decisa l'instaurazione di una dittatura commissaria – quali siano i poteri costituiti a ciò legittimati, in quali casi può essere attivata –, in realtà è sempre la prassi a mettere in luce la distanza che separa il "diritto" dalla costituzione medesima, fino al

ne che può sboccare nel ripristino integrale della vecchia costituzione, ma può anche evolversi verso la dittatura sovrana: sarà la prassi della stessa dittatura commissaria a decidere se il "diritto" da tutelare può essere di nuovo contenuto all'interno delle vecche forme o è destinato a trasformarsi in un nuovo potere costituente.

[55] Vedremo più avanti, soprattutto a proposito della costituzione di Weimar e della problematica del "custode della costituzione", come questa concezione dell'autonomia della prassi e del suo "diritto", vero e proprio filo conduttore dell'opera giovanile schmittiana per lo meno fino al saggio sulla dittatura del 1921, vada evolvendosi, nel corso degli anni Venti e Trenta, verso una più ampia concezione della costituzione come reale condizione di unità del popolo tedesco. Accanto alle nuove problematiche – che esamineremo in seguito – della burocrazia, e dell'elemento plebiscitario, rimane però costante in Schmitt l'attenzione per il ceto dei giuristi, per la teoria e la prassi giuridica. Permane inoltre, direi, l'obbiettivo di fondo, dato dalla ricerca di un punto di vista "giuridico" – l'autonomia della prassi e la sua determinatezza, l'unità del "popolo" – esterno al diritto positivo vigente, che consente di giudicare quest'ultimo, non tanto sul piano valutativo delle opzioni politiche in esso contenute, quanto sul piano "obbiettivo" della sua conformità alla "costituzione". Per l'evoluzione del pensiero di Schmitt sommariamente tracciata in questa nota, appare rilevante il punto di svolta rappresentato da C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München-Leipzig 1923, 1926[2].

punto limite nel quale si rende necessaria la sospensione. Si può allora concludere sul punto.

Il dittatore s'impone perché nella prassi giuridico-costituzionale gli operatori pratici, i giuristi – per Schmitt un certo tipo di giurista, come subito vedremo –, hanno ormai verificato fino in fondo l'insufficienza di rimedi puramente correttivi, relativi al "caso" singolo: è divenuta necessaria la soluzione globale, una dichiarazione politica d'inadeguatezza del diritto formale, e una sua conseguente sospensione, senza la quale non è più possibile garantire alcuna "normalità", alcuna certezza e prevedibilità di quel "diritto", del quale quei medesimi giuristi si sentono interpreti al di là dello Stato legislativo e della sua costituzione. Sono i giuristi che, attraverso lo strumento della prassi, gradualmente fanno venire alla luce il distacco tra il "diritto" e la costituzione formale, fino a lavorare sempre più esplicitamente per il primo al di là della seconda, fino a porre il problema politico della necessità di una dittatura commissaria. Non c'è allora un "soggetto" che ha "deciso" sulla necessità di un dittatore, ma c'è una prassi, diretta dal ceto dei giuristi, che ha sospinto la situazione verso l'approdo dittatoriale.

Si deve ora porre un'ultima domanda. Quali giuristi? La risposta è contenuta ancora nel saggio del 1912, su *Gesetz und Urteil*, non a caso richiamato – come già osservato – nella premessa al volume sulla dittatura. Secondo le indicazioni del 1912, il giurista della prassi doveva decidere con riferimento al "tipo empirico" del "moderno giurista colto". Ripensiamo ora a tale indicazione nell'àmbito più ampio delle soluzioni costituzionali, e della stessa dittatura. La prassi che fa evolvere la situazione complessiva verso la soluzione dittatoriale, che chiede poi al dittatore di aiutarla a creare le condizioni migliori possibili per l'applicazione del "diritto", non è intesa come meccanica successione di uffici e competenze: come tale essa non può ambire a recitare un ruolo così rilevante. È invece una prassi che Schmitt vuole, auspica – o crede? –, a partire dal 1912, come una prassi "colta", nel senso di custode di quel "diritto" che il legislatore e la costituzione formale,

non solo non possono mai catturare definitivamente – da qui la necessaria autonomia della prassi –, ma che addirittura possono minacciare nella sua integrità. È la consapevolezza di questa vera e propria missione che rende il giurista "colto", che lo eleva dalla condizione di mero mediatore, o mero esecutore, che gli consente di svolgere quel ruolo politico ampio che abbiamo visto a proposito della dittatura commissaria. Il messaggio che Schmitt rivolge alla prassi è allora chiarissimo, sia che si tratti di risolvere un "caso" singolo, come nel saggio del 1912, o di collaborare ad una più complessiva soluzione costituzionale, come nel caso della dittatura: difendersi dalle invadenze disgreganti del diritto formale, mantenersi fermi nel proprio ruolo di custodi del "diritto", sentirsi eredi – in una parola – delle grandi tradizioni della scienza giuridica tedesca.

È proprio questo il primo dei legami forti di Schmitt con la tradizione giuridica tedesca, da Savigny attraverso la Pandettistica, fino agli esiti che vedremo. E proprio per lo stesso motivo Schmitt non poteva riconoscersi in nessuno dei due tipi di giurista individuati e proposti da Kelsen: non si sentiva né "politico del diritto", coinvolto nelle mediazioni e nelle integrazioni tra gli interessi in conflitto, né "tecnico del diritto", coinvolto nel meccanismo di applicazione della legge, e voleva semplicemente rimanere giurista secondo il modello della tradizione, il giurista della tradizione. Si tratta di un elemento di straordinaria importanza nell'itinerario intellettuale di Schmitt, che continuamente si autorappresentò nei termini sopra indicati di giurista "colto" – chiedendo anche ai giuristi tedeschi ed europei di essere, o rimanere, tali –, e che certamente guardò alle nuove ardite formulazioni kelseniane come si guarda, dall'interno di un ceto, a chi tradisce una vocazione consolidata dall'appartenenza al ceto medesimo, proponendo di disperdere la missione originaria e tradizionale dei giuristi, di tutela ed attuazione del "diritto", entro un complesso di mediazioni puntuali e parziali, ricche forse d'implicazioni "politiche" e "tecniche", ma nelle quali non si ritrovava più proprio quel "di-

ritto" che solo il giurista "colto" poteva conoscere nella sua globalità [56].

Appare allora veramente centrale la conferenza tenuta da Schmitt a più riprese tra il 1943 ed il 1944, dedicata alla "situazione della scienza giuridica europea", un documento di straordinaria rilevanza, non solo per l'itinerario intellettuale del nostro giurista, forse una delle più alte apologie della tradizione giuridica mai scritte nel nostro secolo [57]. La scienza giuridica, sulla base dell'esempio paradigmatico di Savigny, è «l'ultimo asilo della coscienza giuridica»: lo è grazie alla grande tradizione europea del diritto romano, che il più recente e strumentale positivismo giuridico ha potuto solo assai parzialmente sconfiggere [58]. La dottrina di Savigny del diritto positivo come diritto "dato", e non "posto", del diritto come «ordinamento concreto», è ancora attuale [59]; di essa vi è anzi sempre più bisogno in un'età di crescente dissoluzione

[56] Si potrebbe anche insistere oltre sui tipi di giurista secondo Kelsen e Schmitt, soprattutto attorno al rapporto legislazione-prassi-scienza. Per ragioni di sintesi, si può solo riassumere la questione nei seguenti termini. Mentre per Schmitt i giuristi-operatori della prassi debbono essere il più possibile "colti", nell'accezione indicata nel testo, mantenendo un colloquio sempre aperto con la teoria del diritto, e nel contempo prestare il massimo di attenzione critica nei confronti della legislazione, per Kelsen, all'inverso, i medesimi giuristi, in quanto tecnici del diritto, e nel momento in cui non lavorano al diverso tavolo della riforma politica del diritto, debbono praticare in concreto la massima solidarietà possibile con il diritto positivo legislativo, e nel contempo rendersi del tutto immuni dalla vecchia illusione di una prassi organicamente guidata dalle elaborazioni teoriche della scienza. Mentre Schmitt rivendica l'autonomia della prassi nei confronti della nuova legislazione politico-sociale, Kelsen rivendica la medesima autonomia nei confronti della vecchia scienza giuridica.

[57] C. Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943/44)*, in C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin 1958, pp. 386-429.

[58] *Ibidem*, pp. 391 ss., per il ruolo europeo della tradizione romanistica; p. 420: «Die Rechtswissenschaft als letzes Asyl des Rechtsbewusstseins» si può intendere nel senso che la scienza giuridica è rimasta sola ad essere consapevole di ciò che può essere definito "diritto".

[59] *Ibidem*, pp. 408 ss., specificamente su Savigny. L'importanza delle dottrine savignyane nelle elaborazioni di Schmitt sul ruolo del giurista è confermata anche da E. Forsthoff, *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Halle 1940. Sia ben chiaro che, né Schmitt, né Forsthoff propongono una sorta di "ritorno a Savigny", che anzi soprattutto il secondo tenta di storicizzare, di considerare frutto di un'altra fase storica (pp. 23 ss.); ma l'av-

del diritto positivo-statale, non più solo di quello legislativo sotto la spinta dei partiti politici e degli interessi sociali, ma anche di quello amministrativo, nell'ambito del quale forme giuridiche consolidate di comando si trasformano in meri atti di disposizione o prescrizione – la *Verordnung* si trasforma in semplice *Anordnung* –, lo stesso atto amministrativo, cardine dell'intera costruzione pubblicistico-amministrativa, si trasforma in *Lenkungsakt*, in puro atto-guida, di piano e direzione [60]. In questa situazione, la scienza giuridica è chiamata ad attestarsi sull'ultima sponda, da sola «rappresenta l'unità della volontà giuridica di fronte alla pluralità degli egoismi di partito e di fazione»; contro il legislatore coinvolto nel conflitto politico-sociale, può tentare, insieme alla prassi giudiziaria, di mantenere ancora viva «la ragione obbiettiva dell'unità politica» [61]. È ancora, e di nuovo, la missione del giurista "colto", dalla quale aveva preso le mosse la riflessione giovanile schmittiana, e che ora si traduce addirittura nell'attribuzione alla scienza giuridica del compito di conservare l'oggettività della ragione politica collettiva. In un altro scritto del 1936, poco noto, dedicato alla discussione dei compiti del ceto tedesco dei giuristi, Schmitt ebbe a scrivere a chiare lettere: «Un popolo, che non ha un ceto dei giuristi, non ha alcuna costituzione» [62]. Ciò che

versione per certe caratteristiche del diritto positivo del proprio tempo è così forte, soprattutto in Schmitt, da far divenire la "nostalgia di Savigny" una componente essenziale di un progetto preciso di riorientamento della scienza giuridica della metà del secolo ventesimo.

[60] C. SCHMITT, *Die Lage*, cit., pp. 404 ss., per l'analisi della situazione critica della legislazione, estesa – come diciamo nel testo – anche alle forme del diritto amministrativo. Bisogna però ricordare che siamo qui già negli anni Quaranta. Vedremo in seguito come durante tutto il periodo della costituzione di Weimar Schmitt abbia invece distinto il livello amministrativo da quello legislativo, in ordine al possibile ruolo costituzionale della burocrazia.

[61] *Ibidem*, pp. 402-404.

[62] C. SCHMITT, *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes*, in «Deutsches Recht», 6, 1936, pp. 181-185, p. 183 per la frase citata nel testo. Consideriamo questo breve saggio, sul quale non possiamo più oltre soffermarci, come fondamentale per l'identità di Schmitt come giurista. Al ceto dei giuristi è affidato globalmente il compito di difendere la *Verfassung* dalle insidie dello Stato legislativo. Sullo sfondo, come nella tradizione tedesca dell'Ottocento, il modello negativo della Francia, che non può dirsi in alcun modo «Stato di

equivale a dire: in una situazione storica nella quale i giuristi sono tutti divenuti, o semplici tecnici del diritto, o politici del diritto inseriti nel lavoro di mediazione degli interessi "particolari", non c'è più "costituzione", perché non ci sono più i giuristi, che svolgono la loro originaria missione di tutela del "diritto", di garanzia e custodia dell'unità politica globale contro le dissoluzioni pluralistiche.

Ma Schmitt non mise in luce solo genericamente la funzione del giurista. Si occupò anche di mettere in rilievo l'aspetto specifico che più c'interessa, quello del diritto pubblico. In un saggio del 1940, rivolto ad indagare i fondamenti storici di una disciplina giuridica, il "diritto pubblico generale" [63], il nostro giurista esalta ancora la funzione svolta nella storia tedesca dalla scienza giuridica, prima con la Scuola Storica sul terreno del diritto privato, e poi – ecco il punto – nel campo del diritto pubblico, sia al livello del diritto pubblico generale, sia, successivamente, del diritto amministrativo [64]. Quel che più rileva, ai nostri fini, è l'esistenza, secondo Schmitt, di una linea di

diritto, ma Stato legislativo parlamentare, con una giustizia ed un'amministrazione vincolata dal comando legislativo statale» (p. 185). Abbiamo tradotto *Rechtsstand* con "ceto dei giuristi", piuttosto che letteralmente con "condizione giuridica", poiché nel contesto di tutto il discorso di Schmitt – cfr. in proposito anche il saggio citato alla nota successiva – il *Rechtsstand*, che può essere inteso anche come *Verfassung*, come «reale ordinamento globale di un popolo» (p. 185) contrapposto ad una condizione di mera legalità formale, trova la sua concretezza politico-istituzionale proprio nell'autonomia del "ceto dei giuristi" dalla prescrizione legislativa. *Rechtsstand* è dunque per noi ben più che uno dei possibili sinonimi di *Verfassung*: indica piuttosto il necessario ordinamento autonomo del ceto dei giuristi, necessario per l'esistenza della "costituzione" medesima.

[63] C. Schmitt, *Das "Allgemeine deutsche Staatsrecht" als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung*, in «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», C, 1940, pp. 5-24. Questo saggio mi sembra ingiustamente trascurato anche dagli specialisti dell'opera schmittiana. Proponiamo la sua rilettura senza dimenticare altri, e più noti saggi, sempre rilevanti per il rapporto del nostro giurista con la tradizione giuspubblicistica tedesca, che qui ci limitiamo a ricordare: C. Schmitt, *Hugo Preuss. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen 1930; C. Schmitt, *Die Stellung Lorenz von Stein in der Geschichte des 19. Jahrhunderts*, in «Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich», LXIV, 1940.

[64] C. Schmitt, *Das "Allgemeine deutsche Staatsrecht"*, cit., pp. 5-15, per l'esame della tradizione giuridica della prima metà dell'Ottocento; pp. 15 ss., per la giuspubblicistica dopo l'unità nazionale.

continuità tra prima e seconda metà del diciannovesimo secolo, tra diritto privato e pubblico, dalle prime elaborazioni teoriche della Scuola Storica fino alla fioritura della grande scuola amministrativistica alla fine del secolo. La continuità non è certo tematica, e non potrebbe essere altrimenti in un contesto nel frattempo mutato radicalmente, ma attiene al dato, per Schmitt decisivo, del ruolo del giurista. Così come la Scuola Storica aveva voluto sostituirsi al legislatore nel fissare i tratti fondamentali del diritto privato tedesco, così Otto Mayer, quale teorico del nuovo diritto amministrativo, in una situazione di perdurante frammentazione dell'esperienza amministrativa tedesca, al di là della stessa unità politica, aveva elaborato le linee principali del diritto amministrativo comune tedesco: ancora una volta, quindi, la vittoria del positivismo puramente legislativo era solo parziale ed apparente, perché sul terreno decisivo del diritto amministrativo rimaneva integra la funzione creativa della scienza giuridica [65].

In particolare, proprio Otto Mayer rappresentava, agli occhi di Schmitt, un tipo di giurista ben diverso dal tipo ottocentesco di positivista continuamente oscillante tra ossequio normativistico della legge ed esaltazione decisionistica del legislatore sovrano [66]. Al contrario, in lui si riassumevano le qualità della tradizione, che quel positivismo aveva solo offuscato, ma non esaurito. Lo stesso primato della legge, al quale Mayer aveva fatto più volte riferimento, veniva espunto dalla lettura di Schmitt, che dell'opera del fondatore della nuova scuola amministrativistica conservava soprattutto l'aspetto di

[65] *Ibidem*, p. 19: dopo il conseguimento dell'unità nazionale rimaneva aperto per la scienza giuridica ancora un settore nel quale confermare il proprio ruolo tradizionale, lavorando per la «formazione di un nuovo diritto comune tedesco: il diritto amministrativo». Di notevole rilievo anche le conclusioni di Schmitt. Il nuovo istituzionismo del Novecento, e la stessa dottrina dell'ordinamento concreto, non nascono dal niente nella loro opposizione al positivismo legislativo, ma riprendono il concetto, ben radicato in Germania, di un "diritto comune" costruito dal ceto dei giuristi (pp. 23-24).

[66] Ci riferiamo al tipo di giurista individuato da Schmitt con notevoli accenti critici in C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, a cura di G. MIGLIO-P. SCHIERA, Bologna 1972, pp. 245-275 (si tratta però di una traduzione solo parziale dell'originale tedesco del 1934).

creazione di un nuovo diritto comune tedesco. La ricerca di tale diritto, questa volta non più privato, come all'inizio del secolo, ma pubblico-amministrativo, appare a Schmitt come ricerca di un'autentica statualità tedesca, che rende Mayer capace di prendere le distanze dalla passiva sottomissione formalistica alla legge o dalla pura apologia delle volontà dello Stato legislativo parlamentare. Questo tipo di accostamento all'opera di Mayer fu certamente decisivo nell'itinerario intellettuale di Schmitt. In lui si formò la convinzione che al ruolo attivo e creativo della scienza giuridica – il giurista "colto" del quale abbiamo già discusso – dovesse corrispondere un'altra statualità, diversa da quella legislativo-parlamentare, nella quale era giunta a compimento l'età del positivismo ottocentesco. In una parola, alla figura di Mayer quale giurista della tradizione, non allineato con i più recenti dogmi del positivismo legislativo, corrispondeva, nell'ottica di Schmitt, la figura di Mayer quale teorico dello Stato amministrativo tedesco: di quest'ultimo aspetto dobbiamo ora occuparci.

Proprio recensendo *Gesetz und Urteil*, un altro amministrativista tedesco di primo piano, Walter Jellinek, aveva subito notato che la teoria della prassi giuridica di Schmitt del 1912 aveva un precedente, anzi proprio un "precursore", nella teoria del funzionario amministrativo di Otto Mayer [67]. L'osservazione era assai acuta, e del tutto esatta, non solo nel senso che anche Otto Mayer teorizzava una certa autonomia dell'esecutivo – nel suo caso amministrativo, mentre Schmitt pensava principalmente alla prassi giudiziaria – di fronte alla legge, ma soprattutto perché i due giuristi collocavano, l'uno nella *Rechtspraxis*, l'altro più specificamente nella pubblica amministrazione, la sede più idonea ad un tentativo di conservazione dei caratteri specifici del politico, ormai in via di dissoluzione a livello legislativo-parlamentare.

[67] W. JELLINEK, Recensione a C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, cit., in «Archiv des öffentlichen Rechts», XXXII, 1914, pp. 296-299, p. 299 per l'accostamento Schmitt-Mayer, e per Mayer come «Vorläufer» di Schmitt per ciò che riguarda l'idea di una necessaria autonomia della prassi, capace di costruire propri criteri giuridici.

La teoria dello Stato amministrativo di Otto Mayer e la teoria della prassi giuridica di Carl Schmitt hanno in comune appunto questo: puntano a salvare il *Mehrwert*[68] del politico, anche sotto forma di rinnovata neutralità del potere e certezza del diritto, contro le dissoluzioni pluralistiche, contro il pericolo di una sua dissoluzione nella dimensione associativa propria di uno dei molteplici soggetti dell'ordinamento. Nel saggio del 1935, dedicato alla ricostruzione del termine-concetto "Stato di diritto", Schmitt esplicitamente accosta le teorie di Otto Mayer sulla presunzione di legalità a favore dell'azione statale, sull'immediata esecutorietà degli atti amministrativi, sulla possibilità di costrizione diretta anche senza la forma dell'atto amministrativo, alla sua teoria del "premio politico" al possesso legale del potere[69]: quelle operazioni della pubblica amministrazione, corrispondenti alle teorie di Otto Mayer, sono possibili, e legittime, appunto perché rappresentano il "premio politico" spettante al detentore del potere politico, al di là di ogni attribuzione normativistica di specifici poteri giuridici. Questo "premio" è com-

[68] Per Otto Mayer, cfr. *supra*, nota 23.

[69] C. SCHMITT, *Was bedeutet der Streit um den "Rechtsstaat"?*, in «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», XCV, 1935, pp. 189-201, p. 195 per il riferimento diretto ad Otto Mayer. Sul problema dello "Stato di diritto", cfr. anche G. KRAUSS- O. VON SCHWEINICHEN, *Disputation über den Rechtsstaat*, Hamburg 1935, con una introduzione ed un *Nachworth* di Schmitt, dove si pone l'alternativa tra un deciso abbandono della formula "Stato di diritto", legata agli ideali liberali-parlamentari del secolo diciannovesimo, ed una ripresa di quella medesima formulazione da parte della dottrina nazionalsocialista, sul presupposto che si possa ora realizzare finalmente uno Stato di diritto "autentico", dopo che proprio nel secolo diciannovesimo tutte le potenzialità contenute in quella formula erano state distorte nel quadro dominante suggerito dallo "Stato legislativo". In questo saggio, come in altre occasioni, non poche furono, in proposito, le ambiguità di Schmitt, che potrebbero però essere sciolte considerando il nostro problema del rapporto con la tradizione giuridica, tradita dal positivismo legislativo, ed in qualche modo da riprendere con il nazionalsocialismo, secondo la prospettiva già indicata del *Rechtsstand*: cfr. *supra*, nota 62, per quanto Schmitt scriveva nel 1936. Non possiamo insistere sul punto. Sono comunque da ricordare anche C. SCHMITT, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, in «Deutsche Verwaltung», XI, 1934, pp. 35-42; e *Rechtsstaat*, in *NS-Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, München 1935, pp. 24-32. Per un'interessante testimonianza sulla collocazione di Schmitt come giurista nel quadro della dottrina nazionalsocialista, cfr. C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano 1938.

prensibile solo nell'ambito del politico, è anzi ciò che differenzia il politico da ogni altro tipo di potere ed associazione, soprattutto in direzione della sfera contrattuale-privata.

Così, la teoria dello Stato amministrativo di Otto Mayer deve essere presupposta alla lettura del noto saggio di Schmitt, del 1930, sul rapporto tra statualismo e pluralismo. Qui, la critica alle teorie pluralistiche è la critica al tentativo di privare il pubblico del suo "plusvalore", di ricondurlo nella logica delle associazioni, di mettere in discussione la forza autonoma e cogente degli atti di provenienza politico-statale. Se questa soluzione dovesse risultare vincente, non ne risulterebbe un nuovo "modello giuridico", diverso da quello tradizionale – come Kelsen pensava –, ma la dissoluzione di ogni modello, perché dall'etica statale si passerebbe inevitabilmente ad una mera etica costituzionale, di affidamento alla costituzione quale norma compositiva dei conflitti politici e sociali, poi al puro ossequio delle regole del gioco, fino alla vigenza di un'unica regola generale – *pacta sunt servanda* –, ed all'approdo ultimo della guerra civile [70]. Non è difficile individuare, nella rigida successione proposta da Schmitt, un crescendo inarrestabile della componente associativa-privatistica rispetto a quella statale-pubblicistica, che per lui equivale ad una vera e propria dissoluzione del modello politico: la teoria dello Stato amministrativo ha appunto la funzione di contrastare questa tendenza, di mettere in guardia contro tali pericoli.

[70] C. SCHMITT, *Staatsethik und pluralistischer Staat* (1930), in C. SCHMITT, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Hamburg 1940, pp. 135-145. Le formule adoperate da Schmitt, nella successione indicata nel testo, sono: *Staatsethik, Verfassungsethik, Spielregel (pacta sunt servanda), Bürgerkrieg*. Per la questione del pluralismo, cfr. anche C. SCHMITT, *Il concetto di "politico"*, in C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, cit., pp. 101-165, specialmente pp. 123-129 (traduzione della terza edizione tedesca, del 1932). In luogo dei molti lavori che potrebbero essere citati sul punto, ricordiamo qui P. PASQUINO, *Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus. Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel*, in *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, hrsg. von C. MÜLLER-I. STAFF, Baden-Baden 1984, pp. 367-380, anche per la letteratura citata; e S. FORTI, *Liberalismo, partiti ed unità politica nell'interpretazione di Carl Schmitt*, in «Il Mulino», XXIV, 1985, specialmente per le conclusioni (p. 557).

In questa chiave può essere riletto anche il saggio del 1932 su "Legalità e legittimità". A giudizio di Schmitt, «oggi la finzione normativistica di un sistema chiuso di legalità entra in una contrapposizione vistosa ed inevitabile con la legittimità di una volontà realmente esistente e conforme al diritto» [71]: c'è quindi un "diritto" legittimo della prassi – che Schmitt aveva individuato già nel 1912 in *Gesetz und Urteil* –, che trascende la norma legislativa, c'è una volontà politico-statale che mette in moto la pubblica amministrazione, che si esprime negli atti imperativi della burocrazia, e non è riconducibile direttamente a norme legislative. "Legalità" e "legittimità" significano in concreto crescente legittimità autonoma del diritto della prassi e del potere amministrativo di fronte alla crisi di legalità dello Stato legislativo parlamentare.

Ma il "diritto" legittimo della prassi, quel diritto che scaturisce direttamente dall'esistenza di un potere amministrativo operante, non è affatto un'invenzione del Novecento, conseguente alla crisi della legalità formale. Non è uno spazio che si è aperto perché si sono allargate le maglie della legge. Al contrario, è la legge che storicamente si è sovrapposta ad un nucleo forte dello Stato moderno, di natura prettamente amministrativa. Lo Stato moderno si è anzi formato, nei secoli sedicesimo e diciassettesimo, proprio come Stato amministrativo, che grazie al suo apparato burocratico è stato capace di differenziarsi dalle antiche comunità di diritto di stampo medievale [72]. La crisi contemporanea della legalità formale ha allora la precisa funzione di far tornare alla luce il nucleo più autentico del potere pubblico-statale, proprio nel momento in cui si assiste ad un nuovo prodigioso sviluppo della burocrazia.

Dopo il crollo della legittimità dinastica del principe asso-

[71] C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, cit., pp. 211-244, p. 214 per la frase citata nel testo. La traduzione italiana del testo tedesco del 1932 è solo parziale; per l'originale, con interessanti parti non tradotte, relative alla situazione specifica della costituzione di Weimar, cfr. C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, in C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pp. 263-350, con glosse esplicative.

[72] *Ibidem*, p. 215.

luto, e nella stagione politica novecentesca del governo parlamentare, è necessario però trovare u n a n u o v a l e g i t t i m a z i o n e a u t o n o m a per la burocrazia [73]. Essa nasce intanto per Schmitt dalle cose stesse, dalla necessità, nella nuova fase dello "Stato economico", di riconoscere «un valore giuridico positivo al decisionismo», dalla «conformità immediatamente concreta delle misure, provvedimenti e comandi, alle cose» [74]. Ma la giustificazione del potere burocratico non può essere di tipo meramente funzionale. Non è sufficiente mettere in rilievo, come già aveva fatto Max Weber, «l'elemento tecnico-razionalistico-avalutativo della macchina di un apparato burocratico principalmente interessato al proprio regolare funzionamento»; la nuova centralità della burocrazia non si legittima solo in termini di efficienza, o di mera razionalità organizzativa, e si deve invece insistere sulla irriducibilità della burocrazia medesima a «mero apparato», sul suo ruolo politico-costituzionale, che la qualifica come «una vera e propria élite nel senso sociologico del termine, creatrice di autorità e di legittimità» [75]. E neppure piace a Schmitt la burocrazia francese, ormai travolta dalle vicende costituzionali, ridotta ad una dimensione puramente strumentale [76]. La burocrazia alla quale Schmitt pensa non può essere puro strumento, o semplice apparato, o mero complesso di competenze più o meno razionalmente ordinate: ciò che nel presente si deve ricercare è piuttosto una sua a u t o n o m a p o l i t i c i t à, diversa da quella normativisticamente conferitale nello Stato legislativo dalla legge e dal Parlamento.

Per la Germania, in particolare, si pone il problema di una burocrazia alla ricerca di una «immediata connessione organizzativa con l'unità nazionale nel suo insieme», problema che può essere affrontato ora in termini nuovi,

[73] *Ibidem*, pp. 215 ss., per la dichiarata prospettiva di Schmitt, di ricerca di una nuova legittimazione autonoma per la burocrazia.

[74] *Ibidem*, p. 217.

[75] *Ibidem*, pp. 220-223.

[76] *Ibidem*, p. 221.

alla luce della costituzione di Weimar. Qui esercito e burocrazia hanno trovato «la possibilità di una nuova base nella legittimità plebiscitaria del Presidente dell'Impero eletto dal popolo tedesco», mentre la prassi del diritto d'ordinanza dello stesso Presidente, attivata ai sensi dell'articolo 48, comma secondo, della costituzione, «realizza già in gran parte lo Stato amministrativo regolamentare» [77]. La nuova politicità dell'amministrazione sta dunque nel suo essere organica espressione della «indivisibile omogeneità nazionale», senza la quale le maggioranze parlamentari appaiono solo come violenza di una parte sull'altra, come «l'opposto della neutralità e della obbiettività» [78]. Senza la burocrazia, che ogni giorno opera per il mantenimento della situazione di "normalità", non si può avere alcuno "Stato di diritto": tanto meno è tale quello Stato legislativo parlamentare che abbia travolto la burocrazia medesima nelle lotte politico-costituzionali, riducendola a mero strumento esecutivo delle volontà della maggioranza.

Su questo complesso costituzionale plebiscito-Presidente-burocrazia nella costituzione di Weimar torneremo in seguito. Per ora preme sottolineare come esso funzioni come vero e proprio antidoto contro la tendenza in atto a dissolvere la specificità del politico entro una rete di rapporti contrattuali di mediazione instaurati tra interessi in conflitto mediante il compromesso partitico-parlamentare. Anche per la via dell'organizzazione costituzionale, e per il tramite decisivo della burocrazia, si ritorna dunque alla teoria del *Mehrwert* del politico, e con essa al decisivo influsso svolto da Otto Mayer sulle elaborazioni teoriche di Carl Schmitt.

Proprio nel saggio del 1932 su *Legalità e legittimità* le soluzioni schmittiane appaiono fondate, anche esplicitamente, sulle dottrine giuridiche amministrativistiche di Mayer. È a partire dalla nota tesi di Mayer, della irriduci-

[77] *Ibidem*, pp. 221-222.

[78] *Ibidem*, p. 235.

bilità del potere pubblico statale entro le gabbie normative [79], che Schmitt elabora la sua teoria del "plusvalore politico addizionale", spettante al detentore di quel potere [80]. La tesi schmittiana del "plusvalore politico" nasce direttamente da uno dei fondamentali esiti teorici della dottrina giuridica dell'Ottocento, dalla *Mehrwerttheorie* di Otto Mayer, che qualificava di diritto pubblico quei rapporti giuridici nei quali fosse coinvolto, con la pubblica amministrazione, un soggetto "superiore" e di diversa "qualità", appunto dotato di "plusvalore politico". È vero che le tesi di Mayer nascevano a loro volta da una serrata critica al dogma della personalità giuridica dello Stato ancora al centro della sistemazione di Jellinek: ed è infatti da qui, da questo filone, che Schmitt riprende la sua critica al formalismo giuridico. Ma è anche vero che la teoria di Mayer non nasce in Germania da una mera importazione del modello francese dello Stato a regime amministrativo. Essa ha invece profonde radici in una tradizione che attinge, da una parte al grande serbatoio della critica allo Stato legislativo inaugurata dalla Scuola Storica, dall'altra alla riflessione compiuta da Hegel su problemi di ordine costituzionale. Hegel e Savigny, tra loro in polemica all'inizio del secolo, vengono a trovarsi entro lo stesso patrimonio teorico, con Mayer e Schmitt. Il secondo, tramite il primo, si ricollega a questa tradizione, e sulla base di essa giudica "degenerato" quel positivismo legislativo che aveva sacrificato alla legge, ed al legislatore medesimo, non solo le capacità creative del ceto dei giuristi, ma in fondo anche lo "Stato" stesso, dissolto entro la mediazione politico-partitica.

La connessione Mayer-Schmitt diviene particolarmente evidente quando Schmitt indica in modo analitico i caratteri del "plusvalore politico addizionale". Questo si con-

[79] Aveva affermato Otto Mayer: «Lo Stato è il gigante che si cerca invano di vincolare con le nuove catene della personalità giuridica». Vedi sul punto O. MAYER, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion*, I, Tübingen 1908, p. 67 per la frase citata.

[80] C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., p. 239.

creta in un «triplice premio speciale», che è «attribuito al possesso legale del potere, e consistente nell'esercizio della valutazione, nella presunzione di legalità e nell'immediata esecutorietà» [81]: in altre parole, quando Schmitt pensa ai caratteri specifici e differenziali del politico, egli pensa in concreto alla teoria dell'atto amministrativo di Otto Mayer, atto immediatamente esecutivo perché presunto sin dall'origine come fondato su una corretta valutazione dei fatti e su conformità a legge. In una situazione di crescente contrattazione dei contenuti della legge, è proprio in questo tipo di amministrazione che si concentra il politico schmittiano, che diviene visibile quel "plusvalore" necessario per l'identificazione del politico medesimo, e che sempre meno risulta efficace a livello legislativo-parlamentare. Alla destrutturazione del politico a livello parlamentare corrisponde la sua ristrutturazione e concentrazione a livello amministrativo: è qui che il politico conserva i suoi caratteri fondamentali, con i quali era sorto nell'età dello Stato assoluto, il suo differenziale qualitativo nei confronti delle semplici "associazioni civili". La teoria dello Stato amministrativo di Carl Schmitt è così la teoria della conservazione dei caratteri specifici del politico, attraverso uno spostamento di piano del suo nucleo forte, dal Parlamento, ormai ad un passo dalla capitolazione di fronte agli interessi organizzati, alla pubblica amministrazione. La critica schmittiana allo Stato legislativo-parlamentare è nient'altro che la critica ad un involucro istituzionale non più adatto a conservare l'essenza del politico. La scienza giuridica e la burocrazia si alleano in questa opera di conservazione, che tuttavia sarebbe vana senza l'aggancio con le concrete istituzioni dell'età di Weimar, ed in particolare con quei poteri del Presidente, che Schmitt giudicava a fondamento plebiscitario. Ma anche su questo punto, ed ancora una volta, dietro Schmitt sta la dottrina giuridica ispirata da Mayer, e Mayer medesimo, che all'inizio del secolo aveva indicato la necessità di ricondurre tutta la struttura burocratica pubblica al «sovrano, al quale spetta l'ultima decisione, ed al quale si

[81] *Ibidem*, p. 243.

riconnette tutta l'attività dello Stato»; un'attività che non ha senso senza questa riconduzione verso l'alto, ma anche senza la continua presenza di uno scopo fondamentale che è quello «di creare e conservare unità di popolo» [82].

Questa è la burocrazia di Schmitt, e su questo sfondo si muove il complesso costituzionale plebiscito-Presidente-burocrazia, cui già abbiamo fatto riferimento, e che certamente si trova alla base della polemica con Kelsen del 1931 su "Il custode della Costituzione" [83]. Nella proposta kelseniana di un controllo di costituzionalità su base giurisdizionale, Schmitt vedeva il frantumarsi stesso della co-

[82] O. MAYER, *Die juristische Person*, cit., p. 47. Anche in Schmitt, come in Mayer, alla ricerca del detentore della "ultima decisione" corrisponde la ricerca della "unità di popolo", come meglio vedremo in seguito. Schmitt propose questa prospettiva della "unità" anche sotto il profilo del "diritto comune tedesco" come creazione storica del ceto dei giuristi: cfr. *supra* i saggi citati alle note 62 e 63, anche con riferimento diretto (nota 65) all'opera di Otto Mayer come giurista del nuovo diritto comune, amministrativo, tedesco; e inoltre C. SCHMITT, *Über die zwei grossen "Dualismen" des heutigen Rechtssystems*, in *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 261-271, dove affiora addirittura una certa adesione di Schmitt al modello storico di "diritto comune" proprio dell'esperienza inglese, nella consueta contrapposizione con il positivismo legislativo. Ancora più netto è il richiamo all'Inghilterra in C. SCHMITT, *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes*, cit., p. 185. Bisogna però chiarire che tale richiamo costituisce più che altro un supporto polemico per le argomentazioni di Schmitt dirette contro il positivismo legislativo; mentre non vi è traccia, nel complesso dell'opera del nostro giurista, di un'adesione ai contenuti propri dei modelli costituzionali ed amministrativi di stampo anglo-americano, che sembrano più vicini alle prospettive teorico-giuridiche, e politiche, di Hans Kelsen.

[83] Le scarne annotazioni che seguono nel testo non puntano certo ad esaurire il vasto campo di problematiche implicite nella contrapposizione Kelsen-Schmitt sul "custode della costituzione". Sarà omessa in particolare una discussione specifica del concetto di "giurisdizione costituzionale", che pure per altro verso riterrei essenziale, proprio sul piano della teoria costituzionale. Per il tempo storico della disputa Kelsen-Schmitt, vedi G. ZARONE, *Crisi e critica dello Stato. Scienza giuridica e trasformazione sociale tra Kelsen e Schmitt*, Napoli 1982; orientati più da vicino al dibattito politico-giuridico sono i saggi di R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta*, introduzione a H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, Bari 1978, e di A. BOLAFFI, *Il dibattito sulla costituzione e il problema della sovranità: saggio su Otto Kirchheimer*, introduzione a O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari 1982; con riferimento ancor più diretto al costituzionalismo dell'età di Weimar, tra i molti titoli a disposizione, ricordiamo M. FRIEDRICH, *Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», CII, 1977, pp. 161-209; R. GRANER, *Die Staatsrechtslehre in der politischen Auseinandersetzung der Weimarer Republik*, Freiburg 1980; ed anche, per certi aspetti, K.

stituzione in una serie indefinita di problemi e controversie, l'attivazione di una prassi che conduceva gli individui e le parti sociali a ricercare fondamenti "costituzionali" alle loro pretese, la riduzione di tutta la dinamica pubblicistica ad un'enorme contrattazione diffusa sui contenuti "autentici" della costituzione medesima.

Non è dunque per questa via, di una presunta rigidità della costituzione garantita con mezzi giurisdizionali, che si deve ricercare quel "punto fermo" nel quale può essere collocata la figura del custode. Tutta l'impostazione di Schmitt spingeva piuttosto nella direzione che già conosciamo, verso l'approdo di una burocrazia capace di rappresentare il necessario momento della "obbiettività" istituzionale. Ma la burocrazia da sola non può arginare lo Stato dei partiti, può «esercitare il suo effetto neutralizzante, ma non può decidere e governare in senso proprio» [84]. È necessario dunque collegarla con un centro politico capace di decidere, che non si risolva in mera resistenza negativa contro le invadenze di partito, ma che sia attivamente consapevole del proprio ruolo di «oggettività indipendente» [85]. Questo è dato dal Presidente, con la sua legittimazione plebiscitaria, e con l'esercizio dei suoi poteri, sia ordinari che straordinari, questi ultimi derivati

SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik. Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933*, München 1983; per la ricostruzione delle istituzioni, soprattutto amministrative, dell'età di Weimar, è ora disponibile il volume quarto della *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, dedicato a *Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus*, Stuttgart 1985. Sulla polemica Schmitt-Kelsen su "il custode della costituzione", è naturalmente da ricordare ancora il saggio di P. PETTA, *Schmitt*, cit. a n. 2; mentre per il periodo 1900-1918, si può ora vedere la sintesi di F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 ed il 1918*, Milano 1985.

[84] C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano 1981, pp. 156-157 (tr. it. del saggio del 1931, ristampato nel 1969).

[85] *Ibidem*, p. 176. Per il ruolo storico della burocrazia quale «ceto portatore dello Stato», da risvegliare politicamente dopo il periodo di annichilimento conseguente alla vittoria del positivismo giuridico-legislativo, sono di grande rilievo parecchie delle pagine contenute in C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo. Le tre membra dell'unità politica*, in *Principii politici del nazionalsocialismo*, a cura di D. CANTIMORI, Firenze 1935, pp. 175-231, specialmente pp. 208-212 (tr. italiana del saggio tedesco del 1932).

dal noto articolo 48 della costituzione. Perché l'elezione del Presidente debba sottrarsi necessariamente alle deprecate mediazioni partitiche dominanti nel Parlamento, rimane inspiegato. Ma tutta la costruzione di Schmitt rimane fondata su questo mito, sulla contrapposizione tra unità del popolo nel plebiscito e sua divisione partitica nelle elezioni dei rappresentanti al Parlamento. Solo tenendo ferma questa contrapposizione presupposta, è possibile affermare che il Presidente ha il compito di salvare la costituzione «di fronte ad un pluralismo anticostituzionale» [86]. Egli svolge tale funzione collegandosi direttamente con la burocrazia: la soluzione di Schmitt si fonda esplicitamente sulla combinazione degli articoli 129-130 della costituzione, che definivano i funzionari pubblici «servitori della collettività», con l'articolo 46, con il quale si stabiliva che gli impiegati del *Reich* venivano nominati dal Presidente. In quest'ultimo atto, Schmitt vedeva l'organico riconnettersi della burocrazia, contro le istanze di partito provenienti dal Parlamento, alla legittimazione plebiscitaria del Presidente, che da lui, tramite l'articolo 46, si trasmetteva alla burocrazia medesima [87]. È in questo complesso costituzionale Presidente-burocrazia che è allora possibile ricercare «un'istanza indipendente, senza la quale non può esserci nessun custode della costituzione» [88]. Ma soprattutto Presidente e burocrazia rappresentano «di fronte al sistema parlamentare l'autonomia del sistema plebiscitario introdotto dalla costituzione» [89]: c'è dunque, a partire da questa interpretazione della costituzione, una politica par-

[86] C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., p. 199. Sulla prospettiva del Presidente che "salva" la costituzione, evidentemente secondo lo schema della dittatura commissaria, cfr. *supra*, note 54 e 55. Ne riparleremo in seguito, quando capiremo conclusivamente quale costituzione il Presidente sia chiamato a "salvare", secondo l'impostazione complessiva di Schmitt.

[87] *Ibidem*, pp. 227-231, con riferimento diretto agli articoli della costituzione di Weimar citati nel testo.

[88] *Ibidem*, p. 229.

[89] *Ibidem*, p. 237. Di rilievo in questo ambito, per ciò che riguarda l'interpretazione delle norme costituzionali, C. SCHMITT, *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie*, Berlin-Leipzig 1927.

lamentare-plurale-partitica, ma anche, nella sua autonomia, una politica contrapposta, orientata in senso statale-popolare-plebiscitario. L'oggettiva indipendenza ed autonomia del Presidente e della burocrazia ha dunque un solo vero fondamento, il plebiscito, nel quale si ritrova «la totalità dell'unità politica» contro i «raggruppamenti pluralistici della vita economica e sociale»; e dunque solo il Presidente e la burocrazia possono costituire «un contrappeso al pluralismo dei gruppi di potere sociale ed economico», e così «difendere l'unità del popolo come totalità politica» [90].

Kelsen osservò acutamente che alla fine, con Schmitt, questa unità del popolo tedesco diveniva la costituzione stessa, al di là delle norme formalmente vigenti sulla base della costituzione di Weimar: la costituzione di Schmitt è in realtà una "situazione" – *Zustand* –, che è appunto la situazione dell'unità del popolo tedesco [91]. Il Presidente e la burocrazia, grazie alla fondamentale figura del plebisci-

[90] C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., pp. 239-242. Non è possibile qui, per evidenti ragioni di sintesi, procedere ad un'analisi dettagliata di C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano 1984 (tr. italiana dell'opera del 1928), che certamente presuppone la centralità di questa figura della "unità del popolo come totalità politica". Ricordiamo comunque p. 168: «Prima di qualsiasi norma c'è l'esistenza concreta del popolo politicamente unito»; p. 271: «Stato è un determinato *status* di un popolo, e precisamente lo *status* dell'unità politica»; p. 301: «Lo Stato non si basa quindi sul contratto, ma sull'omogeneità e l'identità del popolo con se stesso»; p. 358: «L'idea dell'unità politica dello Stato deve essere difesa per mezzo dell'articolo 130 cost. con l'aiuto di una garanzia istituzionale legislativo-costituzionale di fronte ad una dissoluzione politico-partitica», con riferimento all'articolo della costituzione di Weimar, di cui *supra*, nota 87; e pp. 171 e ss., dove un'integrale normativizzazione e giurisdizionalizzazione del diritto pubblico, con conseguente eliminazione della componente propriamente politica dell'unità del popolo riflessa nello Stato, viene vista come declassamento del diritto pubblico medesimo a materia contrattabile da parti tra loro in conflitto, con conseguente perdita di ogni dimensione "sostanziale" della costituzione. Su alcune di queste problematiche si appuntano le riflessioni di E. CASTRUCCI, *Le forme della costituzione politica. Appunti per una lettura della Verfassungslehre di Carl Schmitt*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXIII, 1986, pp. 196-235.

[91] H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1930-31), tr. it. in *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, pp. 231-291, pp. 288-289 per un riferimento più diretto a quanto riportato nel testo. È da notare che questo è il filo conduttore della critica di Kelsen a Schmitt, e non quello, che non fu in realtà mai proprio di Kelsen, della "norma" contro la "decisione" – nel nostro caso

to, sono in effetti i custodi di tale costituzione – che noi potremmo definire "materiale" –, che operano servendosi anche di alcune delle norme contenute nella costituzione formale. Alla fine, dunque, tutta la costruzione di Schmitt rinvia a quest'altra costituzione, solo parzialmente contenuta in quella formale, che tollera quest'ultima solo fino a quando non è da essa minacciata. Quella costituzione – come "vera" costituzione – è in gioco ed in pericolo sotto la spinta degli interessi parziali organizzati, e deve essere custodita da Presidente e burocrazia. La costituzione formale di Weimar rimane invece sullo sfondo: è valida fin quando è adatta, sulla base della proclamata autonomia dell'elemento plebiscitario, a difendere la costituzione "materiale", il *Zustand* di necessaria unità del popolo tedesco [92].

del Presidente, che "decide" di sospendere alcuni articoli della costituzione ai sensi dell'articolo 48 –; ciò che Kelsen critica non è l'esplicazione di un potere di decisione privo di una corrispondente autorizzazione normativa, poiché, in questo caso, si ha appunto il fondamento dei poteri del Presidente nell'articolo 48 della costituzione, quanto il fatto che, secondo Schmitt, in questo modo il Presidente si erge a "custode della costituzione": in ciò era contenuta per Kelsen un'inaccettabile sovradeterminazione ideologica non fondata sul diritto positivo, che non poteva non muovere da un concetto di "costituzione" – appunto la necessaria unità del popolo tedesco – elaborato all'esterno del diritto costituzionale positivamente vigente, e ad esso polemicamente contrapposto. Come vediamo, siamo ben lontani dallo schema "norma"-"decisione" o "governo delle leggi"-"governo degli uomini", nel quale sembrano essere cadute gran parte delle ricostruzioni tentate in proposito: lamenta giustamente la circostanza, anche per ciò che riguarda la riflessione italiana, F. FERRAROTTI, Introduzione a G. SCHWAB, *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, Bari 1986 (tr. italiana di G. SCHWAB, *The Challenge of the Exception*, Berlin 1970). A me pare che vi sia comunque una ricerca che ha colto nel segno, sfuggendo, anche in termini di teoria generale, dalle artificiose contrapposizioni sopra indicate: mi riferisco a A. CATANIA, *Decisione e norma*, Napoli 1979, del quale si veda ora anche *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli 1987.

[92] Questa considerazione, che scaturisce da tutto il contesto dell'opera di Schmitt (cfr. *supra*, nota 55), appare assolutamente preliminare rispetto ad ogni altra valutazione sulla "fedeltà" alla costituzione di Weimar di un giurista come Schmitt medesimo. In particolare, mi sembra che l'analisi di G. SCHWAB, *Carl Schmitt*, cit., specialmente pp. 60 ss., attraverso una troppo rigida distinzione tra dittatura commissaria e dittatura sovrana (cfr. *supra*, nota 54), sia un po' troppo condizionata dalla necessità di dimostrare che comunque non vi fu, da parte di Schmitt, alcun "sabotaggio" della costituzione di Weimar. Si condividono però alcune delle critiche rivolte da Schwab (pp. 207-208) ai lavori di J. FIJALKOWSKI, *Die Wendung zum Führerstaat: Ideologische Komponenten in der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Köln 1958; e di P. SCHNEIDER, *Ausnahmezustand und Norm: Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt*, Stuttgart 1957.

La costruzione di Schmitt è inoltre in piena continuità con i saggi giovanili, a partire da *Gesetz und Urteil* del 1912, si riannoda tutta attorno alla necessità di legittimare un "diritto" diverso da quello formale-legislativo, che può essere ora quello che si esprime nella decisione giudiziaria fondata su propri autonomi criteri giuridici, ora quello che si riflette nell'esistenza stessa di una pubblica amministrazione in sé legittimata, ora quello che è insito nell'ordinamento concreto di un dato popolo. Ma soprattutto la critica di Schmitt al positivismo legislativo è figlia di quella grande tradizione giuridica tedesca che nel corso dell'Ottocento aveva costantemente tenuto insieme ruolo autonomo e creativo della scienza giuridica e prospettiva costituzionale di organica connessione di Stato e "popolo". Di fronte a questa tradizione, che – come abbiamo visto – la scuola amministrativistica aveva saputo risvegliare, l'arida trattatistica di diritto pubblico di fine secolo appariva come breve parentesi, destinata a chiudersi ora che i problemi politici, nella travagliata età di Weimar, tornavano ad essere pressanti, ora che si doveva decidere per la costituzione "materiale" data dalla sostanziale unità del popolo tedesco, o contro di essa, e quindi per la fine – secondo Schmitt – di ogni prospettiva autenticamente politica. Quella unità si difendeva ora con strumenti nuovi, non più circoscrivibili entro l'ambito, tradizionalmente definito, di quel ceto dei giuristi "colti", del quale pure Schmitt si sentiva pienamente erede. Si trattava ora di affidare quella medesima missione all'elemento plebiscitario, colto nella sua autonomia anche all'interno della costituzione di Weimar, ed al prodigioso sviluppo dell'elemento burocratico, per il quale Schmitt, con Otto Mayer, ricerca una legittimazione autonoma, tale da introdurre nel politico sufficienti antidoti contro le dissoluzioni pluralistiche, tale da mantenere fermo nel politico medesimo, proprio per il tramite del nuovo diritto amministrativo – congiunto appunto con la componente plebiscitaria del popolo unito –, il suo plusvalore, la sua differenza qualitativa di fronte alle articolazioni organizzate della società "economica" borghese.

Su questi tre fondamentali punti – necessaria unità storica e politica del popolo tedesco come "vera" costituzione, ruolo centrale del ceto dei giuristi, non ridotto a compiti di pura mediazione politico-sociale, o meramente tecnico-giuridici, necessaria conservazione del plusvalore politico tramite il nuovo primato del diritto pubblico-amministrativo e della componente plebiscitaria – S c h m i t t è i l g i u r i s t a d e l l a t r a d i z i o n e. Ed è invece Kelsen, a partire dai suoi *Hautprobleme* del 1911, a proporre un'ipotesi di cesura radicale rispetto a quella tradizionale: la dissoluzione di ogni mito di necessaria unità, di ogni sostanzialismo giuridico o etico-politico, il superamento pieno della figura ottocentesca del giurista-scienziato, o del giurista custode del "vero" diritto, o comunque di un "diritto" diverso da quello positivo, ed infine la proposta di un diritto pubblico, ed amministrativo, orientato da una logica di tendenziale parità tra soggetti pubblici e privati.

La storia oltre Kelsen e Schmitt è ancora da scrivere. Nel senso che non è affatto chiaro quale delle due prospettive abbia dominato la cultura giuridica del Novecento, quale delle due, soprattutto, abbia costituito il necessario riferimento ideale per intere generazioni di giuristi che hanno concorso a precisare le nervature, ed i modi di azione, del potere pubblico fino ad oggi [93]. Certo, Kelsen sembra essere, per molti versi, più vicino a noi. I fatti stessi sem-

[93] Sull'influenza svolta da Kelsen e la sua scuola, vedi N. ACHTERBERG, *Die reine Rechtslehre in der Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland*, in *Der Einfluss der reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Wien 1978, pp. 7-54; N. ACHTERBERG, *Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre,* in «Die öffentliche Verwaltung», 27, 1974, ora in *Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts. Ausgewählte Abhandlungen 1960-1980*, Berlin 1980, pp. 51-72. La sostanziale ininfluenza delle prospettive kelseniane nella cultura giuridica italiana della prima metà del Novecento è ora documentata da P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1986. Non mi sembra, infine, che le più recenti ricerche di storia della scienza del diritto amministrativo – sulle quali cfr. M. FIORAVANTI, *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XIII, 1984, pp. 591-639 – abbiano adeguatamente messo in luce l'influsso svolto dalle teorie di Schmitt nell'ambito giuridico-amministrativistico; in particolare è tutto da studiare il profondo nesso che lega

brano dargli ragione: le trasformazioni complessive intervenute, le operazioni che in concreto oggi i giuristi compiono, il tipo di diritto pubblico che abbiamo, il tipo di rapporto che si è instaurato tra politica ed interessi organizzati. Ciò non significa, però che su queste trasformazioni, che attraversano tutto il nostro secolo, i giuristi abbiano lavorato, o lavorino, con gli strumenti indicati da Kelsen. Si può, al contrario, pensare alla riconferma della tradizione come ad una delle problematiche fondamentali della cultura giuridica del Novecento. Anzi, tanto più i giuristi si immergevano – vorrei dire a causa del loro mestiere – nella complessa e fitta rete di mediazioni organizzate stratificatesi attorno al politico, tanto più cresceva in loro, più o meno palesemente, più o meno consapevolmente, la nostalgia per i modelli della tradizione, per una dimensione più "nitida", o "pura", della politica e del diritto, per un ruolo più ampio della cultura giuridica. Tanto che ancora oggi, proprio perché si va scoprendo che lo Stato moderno è in realtà divenuto – o è sempre stato? – una grande rete di prestazioni e di servizi, un insieme articolato di compromessi e mediazioni, si avverte l'esigenza di ricercare altrove la sede di un politico in sé fondato, di un'autentica capacità di "decisione" [94]: ancora una volta, come già per Schmitt, un

Ernst Forsthoff a Carl Schmitt, ricordando che il primo svolse negli anni Trenta un ruolo decisivo nell'approccio dei giuristi alle tematiche dell'amministrazione intesa come attività di distribuzione ed organizzazione di servizi e prestazioni. Qualche spunto in proposito si trova in I. MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, cit., pp. 71-80.

[94] Per quanto riguarda l'opera di Schmitt, il riferimento obbligato è naturalmente a C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, cit., pp. 29-86 (tr. italiana della seconda edizione tedesca, del 1934; prima edizione del 1922), con la celebre discussione su "sovranità" e "stato di eccezione", e con le note critiche al tentativo di Kelsen di eliminare radicalmente proprio il concetto di "sovranità" (pp. 47 ss.). Tra le molteplici letture odierne, alle quali ci riferiamo nel testo, la più nitida è certamente quella di G. MIGLIO, *Oltre Schmitt*, in *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, a cura di G. DUSO, pp. 41-47, dove la prospettiva indicata per la scienza politica contemporanea, pur muovendo dal giusto riconoscimento dei forti legami di Schmitt con la cultura giuridica tradizionale (p. 42) – da qui il titolo: "Oltre Schmitt" –, in realtà rimane dentro l'ambito teorico-culturale del giurista tedesco, solo spostando i termini dell'analisi: una volta "scoperto" che lo Stato è «un complesso di prestazioni, di servizi, un gigante-

altro "diritto", non riducibile nelle forme "ordinarie" della normazione. Si potrebbe dire: tanto più i fatti danno ragione a Kelsen, tanto più si torna a riproporre Schmitt. È importante però ora sapere che con Schmitt ci vengono di fatto riproposti i modelli della tradizione giuridica: da una parte il diritto privato dello scambio e della mediazione, sia esso contenuto o meno nello Stato, dall'altra la politica "pura", erede dello Stato amministrativo schmittiano. I modelli della tradizione hanno sempre il fascino della semplicità. Per chi crede ancora al diritto pubblico, prima complicazione interposta tra "puro" scambio e "pura" politica, la critica alla tradizione inizia ancora oggi da Hans Kelsen.

sco insieme di rapporti contrattuali» (p. 44) – ciò che, ovviamente, mai Schmitt avrebbe ammesso –, si ricerca altrove la "politica", in territori sconosciuti a Schmitt, ma seguendo la medesima ispirazione che spinse il giurista tedesco a fuggire dal "pluralismo anticostituzionale" dell'età di Weimar per ricercare altrove i caratteri specifici del "politico". Ora come allora, ciò che non si vuole abbandonare è l'idea che il "politico" – sia esso o meno equivalente con lo Stato – si trovi fuori, e non dentro, la grande rete dei "rapporti contrattuali". In questo senso, la proposta di Miglio può essere considerata in chiave di ultima, e più raffinata, riproposta di quella "tradizione" alla quale ci siamo costantemente riferiti nel testo. Di essa si vuole conservare una convinzione fondamentale: che il "politico", in quanto potere "decisionale", possieda "qualità" e "proprietà" diverse da quelle che caratterizzano l'azione degli individui, dei gruppi e delle associazioni, nell'ambito "privato", nella dimensione "ordinaria" del contratto-scambio. Naturalmente, si può sostenere che ancora oggi queste "proprietà" non siano conosciute a causa degli occultamenti ideologici del passato, e che compito dello studioso di cose politiche sia indagare su di esse, con un approccio di tipo "realistico". Bisogna però sapere che, su questa via, si è già scartata preliminarmente una possibile soluzione, in modo certamente non avalutativo; si è cioè già rifiutata l'idea che il "politico" sia dentro la rete dei "rapporti contrattuali", non possieda alcuna "proprietà" che lo renda diverso da ciò che gli uomini "ordinariamente" costruiscono e realizzano, dentro o fuori il vecchio "Stato moderno".

Un diritto amministrativo per le democrazie degli anni Venti.

La «Verwaltung» nella riflessione della «Wiener Rechtstheoretische Schule»

di *Bernardo Sordi*

Nel 1926, in un articolo pubblicato sull'«Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik» [1], Hermann Heller aveva espresso un giudizio drastico, una valutazione fortemente critica, priva di sfumature, sull'*Allgemeine Staatslehre* che Hans Kelsen aveva pubblicato l'anno precedente presso l'editore Springer di Berlino.

In quest'opera, che verrà ad occupare tra gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* del 1911 e la più tarda *General*

Lo scritto riproduce, con marginali modificazioni di forma, il testo della relazione tenuta nell'ambito del seminario. Dell'originaria forma colloquiale si è tenuto conto nella stessa redazione delle note evitando eccessivi e non essenziali riferimenti bibliografici. Per un compiuto sviluppo delle tematiche considerate nel testo occorre ora far riferimento a B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano 1987.

[1] H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», LV, 1926, pp. 289-316. Cfr. anche, dello stesso Heller, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», LV, 1929, pp. 321-354. Ampia la letteratura sulla posizione di Hermann Heller nelle controversie teoriche che animarono il dibattito all'interno della *Staatslehre* weimariana. Si vedano almeno W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatstheoretische Diskussion in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 1983 (I^a ed. 1968);W. BAUER, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie. Zur Politologie des Methodenstreits der Staatsrechtslehre*, Berlin 1968; M. FRIEDRICH, *Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», CII, 1977, pp. 161-209; J. BLAU, *Sozialdemokratische Staatslehre in der Weimarer Republik. Darstellung und Untersuchung der staatstheoretischen Konzeptionen von Hermann Heller, Ernst Fraenkel und Otto Kirchheimer*, Marburg 1980; R. GRANER, *Die Staatsrechtslehre in der politischen Auseinandersetzung der Weimarer Republik*, Freiburg 1980 ed il volume collettaneo *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, hrsg. von C. MÜLLER-I. STAFF, Baden-Baden 1984 (sul rapporto Heller-Kelsen cfr. in particolare gli articoli di C. Müller e di Stanley L. Paulson, *ibidem*, rispettivamente pp. 693 e ss. e pp. 679 ss.).

Theory of Law and State un posto centrale nella produzione scientifica kelseniana [2], i presupposti metodologici del *Labandismus*, il rigido formalismo del metodo giuridico elaborato da Paul Laband conseguivano agli occhi di Heller la loro compiuta consacrazione, venivano definitivamente condotti all'assurdo di una «Staatslehre ohne Staat», di una «reine Normwissenschaft» che poteva certo essere espressione di scienze logiche o geometriche, ma che tuttavia non poteva aspirare al rango di una vera scienza giuridica [3].

Così proprio di quella «Krisis der Staatslehre» cui Heller dedicava queste pagine l'opera kelseniana doveva rappresentare l'espressione più classica, il simbolo di una capacità dogmatico-costruttiva senza dubbio sofisticata e di una chiarezza terminologica raffinata, ma anche la testimonianza di un approdo ad un formalismo del tutto privo di agganci alla concreta dimensione dei valori, alla fattuale realtà del sociale, pericolosamente sospeso in un mondo di pure norme ed in un illusorio gioco di artifici logici.

In questo caso il *Methodenstreit* si ancorava a polarità dal forte spessore filosofico tutte più o meno riconducibili ai contrastati rapporti tra *Sein* e *Sollen*, tra *factum* e *ius*, tra sociologia e diritto sullo sfondo di una contrapposizione tra *Wertsystem* e *Wertrelativismus* che investiva la possibilità stessa di una conoscenza scientifica del dato giuridico [4].

Ora se dal piano generale della dottrina dello Stato ci si

[2] Facciamo riferimento a H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)*, Tübingen 1911 (citeremo dalla ristampa anastatica della 2ª edizione, Tübingen 1923, Aalen 1960); H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925; H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (USA) 1945; trad. ital. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di S. COTTA e G. TREVES, Milano 1952.

[3] H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, cit., pp. 300 ss.

[4] Per le tematiche cui accenniamo nel testo rinviamo alla letteratura citata alla nota 1. Si veda però anche il capitolo *Die deutsche Staatsrechtslehre der Weimarer Republik* nel volume di K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik. Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933*, München 1983 (Iª ed. 1962), pp. 63 ss.

sposta verso una disciplina, il diritto amministrativo, che la recente autonomia scientifica, la notevole specificità tecnica, l'indiscussa autorità di maestri dalla forte statura culturale – Otto Mayer su tutti – collocavano un po' ai margini del dibattito metodologico, ci si potrebbe attendere nei confronti delle realizzazioni scientifiche della Scuola di Vienna critiche più riposate, più calate nella tecnicità delle costruzioni dogmatiche, più coerenti alla rilevante specialità degli istituti amministrativi e alla rassicurante continuità storica che contraddistingue le istituzioni della pubblica amministrazione.

Invece le critiche severe che l'*Allgemeines Verwaltungsrecht* di Adolf Merkl – un'opera che, come vedremo, rappresentò la sintesi della riflessione della Scuola di Vienna sui temi amministrativi – riceve nel 1928 sulle colonne dell'«Archiv des öffentlichen Rechts» sono ancora una volta incentrate sulle questioni metodologiche, sull'ammissibilità di una dottrina pura del diritto, sulla possibilità di una sistematica amministrativa programmaticamente rivolta a confrontarsi e ad ordinare le forme, ma non i contenuti dell'attività amministrativa [5].

Prevalgono, è vero, in questo caso i toni conservatori ed alle argomentate osservazioni di Heller si sostituiscono valutazioni più grevi pronte a dimostrare l'illusoria purezza del metodo individuando qua e là nelle pagine di Merkl l'affiorare di ideologie democratiche o la presenza di risentimenti antimonarchici [6].

Ma la stroncatura che il volume di Merkl riceve in terra tedesca già prefigura la scarsa permeabilità della scienza giuridica germanica verso le costruzioni scientifiche della Scuola di Vienna [7].

[5] A. HENSEL, Besprechung von A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin 1927, in «Archiv des öffentlichen Rechts», LIV, 1928, pp. 405-422.

[6] *Ibidem*, pp. 412 ss., dove la critica alla «grandiose Einseitigkeit» del metodo giuridico della Scuola di Vienna vuole mettere in luce la forte dimensione *rechtspolitisch* che anima l'opera di Merkl.

[7] Sul punto, in generale, si veda N. ACHTERBERG, *Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre*, in «Die öffentliche Verwaltung»,

Del resto, ormai nel secondo dopoguerra, in un volumetto che ha avuto il merito di rappresentare una prima sintesi storica della scienza del diritto amministrativo, Bodo Dennewitz poteva con franchezza riconoscere che proprio l'aver fatto argine contro la «Wertlosigkeit» e l'«Unfruchtbarkeit» dell'opera di Merkl aveva consentito agli amministrativisti tedeschi una maggiore rispondenza ai compiti del presente, un più completo adeguamento alla realtà del sociale [8].

Con questi generici cenni alla grande dicotomia tra formalismo e realismo, attraverso fievoli echi del *Methodenstreit* che divideva la *Staatslehre*, la scienza amministrativistica tedesca chiudeva la porta di fronte ad un vigoroso tentativo di ripensare e di rifondare il disegno generale della *Verwaltung*, di ridiscuterne la funzione e la posizione all'interno dell'ordinamento giuridico.

Un tentativo – si consideri – che era ben lungi dal rappresentare soltanto un aggiornamento od un affinamento delle costruzioni dogmatiche e delle sintesi teoriche, ma che costituiva in primo luogo una compiuta rielaborazione concettuale dell'amministrazione alla luce delle trasformazioni e delle innovazioni costituzionali, di fronte alla necessità di adeguare lo stesso potere amministrativo alla realtà di una moderna democrazia parlamentare.

Si delineava cioè per la prima volta nelle pagine di Hans Kelsen e di Adolf Merkl una tavola di problematiche in cui un posto di rilievo veniva ad occupare il confronto tra *Demokratie* e *Verwaltung*, tra *Verwaltung* e *Staatsform*, un

XXVII, 1974, pp. 444-454, ora anche in N. ACHTERBERG, *Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts. Ausgewählte Abhandlungen 1960-1980*, Berlin 1980, pp. 51-71; N. ACHTERBERG, *Die reine Rechtslehre in der Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland*, in *Der Einfluss der reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Wien 1978, pp. 7-54.

[8] B. DENNEWITZ, *Die Systeme des Verwaltungsrechts. Ein Beitrag zur Geschichte der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft*, Hamburg 1948, pp. 171-173. Sull'ingenerosità di questo giudizio concorda anche E. V. HEYEN, *Deutschland*, in *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa. Stand und Probleme der Forschung*, a cura di E. V. HEYEN (Ius commune, Sonderhefte 18), Frankfurt am Main 1982, p. 33 in nota.

confronto che al di là dell'esasperato formalismo metodologico svelava le notevoli capacità innovative che la riflessione della Scuola di Vienna poteva vantare sul piano dell'organizzazione giuridica dei poteri dello Stato.

Ripercorrere oggi questo confronto non vuol dire interrogarsi per l'ennesima volta sulla validità delle critiche che le teorie kelseniane hanno sempre incontrato sulla loro strada, accusate di aver elaborato un disegno generale dell'ordinamento e delle istituzioni «tanto indifferente da prestarsi a tutti gli utilizzi resi possibili o convenienti dalle vicissitudini politiche» [9].

E non vuol dire neppure seguire il corso delle repliche con cui si sono difese le costruzioni teoriche della Scuola di Vienna, ora ripercorrendo le pagine di *Vom Wesen und Wert* alla ricerca di quei fondamenti del relativismo democratico capaci di dare un contenuto rassicurante e convincente alla pretesa scientificità della dottrina pura del diritto [10], ora ricercando tra i tanti scritti del giurista praghese i passi in cui più possente si ergeva la sua figura di *Ideologiekritiker* [11], di sincero ed autentico democratico.

Può essere invece opportuno, una volta tanto, calarsi nel concreto degli istituti giuridici, scendere sul piano delle realizzazioni dogmatiche e verificare, in una sede forse più tecnica, ma certamente non meno significativa, capa-

[9] G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XI-XIII, 1982-83, t. 2, p. 1015.

[10] H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1929; trad. ital. *Essenza e valore della democrazia*, in H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia ed altri saggi*, Bologna 1966. Significativi dell'indirizzo interpretativo cui accenniamo nel testo sono: F. ERMACORA, *Hans Kelsen e il diritto costituzionale austriaco*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, a cura di C. ROEHRSSEN, Roma 1983, pp. 27-38; D. GRIMM, *Sul rapporto tra dottrina dell'interpretazione, giustizia costituzionale e principio democratico in Kelsen*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, cit., pp. 61-68.

[11] E. TOPITSCH, *Hans Kelsen als Ideologiekritiker*, in *Law, State and international Legal Order. Essays in honor of Hans Kelsen*, Knoxville 1964, pp. 329-338. Si veda anche il volume collettaneo *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, hrsg. von W. KRAWIETZ-E. TOPITSCH-P. KOLLER, Berlin 1982.

cità *innovative* o *tralatizie* adesioni ad arcaici equilibrismi logici, facoltà di adeguarsi e d'interpretare le trasformazioni costituzionali o fedeltà a consolidate tradizioni amministrative.

In questo modo il disegno di un diritto amministrativo che, parafrasando Heller, si potrebbe definire senza amministrazione e la conoscenza esclusivamente giuridica della *Verwaltung* svelano notevoli potenzialità critiche, offrono sotto gli eccessi del metodo giuridico una suggestiva descrizione del potere amministrativo, uno stimolante tentativo di ricondurre alla norma e quindi al Parlamento il conflitto tra Stato e società, tra amministrazione e cittadino.

È possibile cioè, secondo me, ritagliare nella storia del pensiero amministrativo tra Otto e Novecento un posto particolare e peculiare alle costruzioni teoriche della Scuola di Vienna; è possibile assegnare loro una posizione per molti versi autonoma rispetto ad una sistematica amministrativa elaborata all'ombra del *monarchisches Prinzip* e prigioniera, anche nelle sintesi più convincenti – ancora il *Deutsches Verwaltungsrecht* di Otto Mayer – di un compromesso irrisolto tra autorità e libertà, tra «Staatsidee» e «Rechtsstaatsidee» [12], tra aperture al controllo e alla verificabilità dell'azione amministrativa e sostanziose e strutturali riserve a favore di un'originaria libertà del potere.

È significativo il fatto che la letteratura, che da alcuni anni a questa parte cerca di ricostruire i profili storici della scienza del diritto amministrativo in terra germanica, rimanga legata – ancora per i primi decenni del nostro secolo – alla centralità del confronto, tutto ottocentesco, tra metodo giuridico e metodo *staatswissenschaftlich* e sia portata ad individuare le novità più significative nella crescente capacità della scienza giuridica di registrare le trasformazioni organizzative di un *Behördenstaat* che si pie-

[12] Sul punto cfr. il capitolo *Das moderne Verwaltungsrecht als Kompromiss von Staatsidee und Rechtsstaatsidee* nel volume di A. HUEBER, *Otto Mayer. Die «juristische Methode» im Verwaltungsrecht*, Berlin 1982, pp. 83 ss.

ga, attraverso la crescita della *Leistungsverwaltung*, alle esigenze di un moderno Stato sociale [13].

In questo modo l'opera giuridica di Fritz Fleiner e di Walter Jellinek tutta protesa al consolidamento o, secondo altri, al graduale superamento del sistema di Otto Mayer [14], rappresenterebbe l'essenziale anello di congiunzione tra le sintesi tardo ottocentesche ed il successivo ripensamento di Ernst Forsthoff [15].

L'*Anstalt*, istituto giuridico che Mayer aveva tratto dall'adattamento della nozione francese di *service public* [16], diventa così il filo rosso che collega le costruzioni ottocentesche ai più moderni compiti della *Daseinsvorsorge* [17], se-

[13] È questo in particolare il quadro che si evince dal volume di W. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Heidelberg und Karlsruhe 1981. Sulla scienza amministrativistica tedesca tra la repubblica di Weimar ed il regime nazionalsocialista, cfr. ora la sintesi di M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre in der Weimarer Republik*; *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre im Nationalsozialismus*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, hrsg. von K. G. A. JESERICH-H. POHL-G. C. VON UNRUH, Band IV: *Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus*, Stuttgart 1985, rispettivamente pp. 77-91 e pp. 707-724.

[14] Cfr. rispettivamente A. HUEBER, Besprechung von W. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., in «Die Verwaltung», XVI, 1983, pp. 104-105; W. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 54 ss., il capitolo *Die Öffnung der juristischen Methode*, dedicato proprio alle figure di Fritz Fleiner e di Walter Jellinek.

[15] Cfr. in particolare E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart-Berlin 1938. Sulla «modernità» del pensiero amministrativo di Forsthoff, si veda W. MEYER-HESEMANN, *Modernisierungstendenzen in der nazionalsozialistischen Verwaltungswissenschaft*, in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, hrsg. von H. ROTTLEUTHNER, (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 18), Wiesbaden 1983, pp. 140-151.

[16] Sull'istituto giuridico dell'*Anstalt* e sulla tuttora pesante eredità della definizione di Otto Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 2, Leipzig 1896, p. 318), così come sulla difficile coesistenza, all'interno di questa figura dogmatica, di *Organisations-* e *Handlungsform*, in particolare in relazione alla crescita della cosiddetta attività amministrativa di prestazione, cfr. da ultimo W. RÜFNER, *Die Nutzung öffentlicher Anstalten. Zu Anstaltslehre Otto Mayers*, in «Die Verwaltung», XVII, 1984, pp. 19-34; W. RÜFNER, *Zur Lehre von der öffentlichen Anstalt*, in «Die öffentliche Verwaltung», XXXVIII, 1985, pp. 605-610 e le relazioni di K. LANGE e R. BREUER, *Die öffentliche Anstalt*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 44, Berlin-New York 1986, rispettivamente pp. 169 ss. e pp. 211 ss.

[17] *Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung* è il titolo del I° capitolo del volume di E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, cit.,

condo un itinerario che tuttavia non mette in dubbio, ma addirittura esalta l'autonomia del potere amministrativo, l'«Übergewicht» assegnato all'amministrazione negli equilibri tra i poteri dello Stato [18].

La rigida *Eigenständigkeit* dell'amministrazione che nel sistema di Mayer giustificava la specialità del diritto amministrativo, la sua autonomia scientifica e la peculiarità del rapporto tra norma e attività amministrativa, lungi dall'affievolirsi con lo sviluppo di un'attività di prestazione che rinuncia ai consueti caratteri imperativi e autoritari, si traduce in una più estesa libertà degli apparati amministrativi.

La scarsa attenzione che la scienza amministrativistica tedesca degli anni '20 presta alle profonde trasformazioni costituzionali del periodo weimariano [19] testimonia così la limitata familiarità con i temi della democratizzazione delle strutture e delle attività amministrative e spiega – un discorso analogo lo potremmo fare per il caso italiano [20] – l'urgente necessità di aggiornare, nel secondo dopoguerra, una sistematica amministrativa poco sensibile ad inserire lo sviluppo dei compiti degli apparati all'interno di un pa-

capitolo poi ripubblicato anche in E. FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart 1959, pp. 22 ss. Il termine fa ormai parte del vocabolario acquisito della scienza amministrativistica tedesca: per tutti cfr. P. BADURA, *Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat*, in «Die öffentliche Verwaltung», XIX, 1966, pp. 624-633.

[18] U. STOROST, *Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodells*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, hrsg. von E. V. HEYEN (Ius commune, Sonderhefte 21), Frankfurt am Main 1984, pp. 163-188 e dello stesso Storost il volume *Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff*, Frankfurt am Main 1979.

[19] Sul punto cfr. W. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 65 ss., nel quale la citatissima affermazione di Otto Mayer: «Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht» (*Vorwort* alla 3ª ediz., 1924, del *Deutsches Verwaltungsrecht*) si traduce in una più complessa valutazione della posizione della scienza amministrativistica del periodo weimariano, che non vive, anche nei suoi esponenti più «democratici», come problema, l'adeguamento delle costruzioni concettuali e della sistematica amministrativa alla nuova dimensione costituzionale.

[20] Basti qui rinviare a U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in «Foro italiano», CIX, 1984, V, pp. 205 ss.

rallelo processo di crescita delle funzioni di controllo, d'indirizzo, di partecipazione alla gestione del potere[21].

In questo senso la vicenda austriaca, favorita anche dalla rinnovata vigenza, all'indomani della seconda guerra mondiale, della costituzione del 1920[22], ha svelato una maggiore continuità tra la letteratura contemporanea di diritto pubblico ed il disegno generale delle istituzioni elaborato nel primo dopoguerra[23], riconfermandone così, quasi in controluce, l'intrinseca modernità delle linee.

La stessa presenza negli studi sulla Scuola di Vienna di un indirizzo di ricerca forse un po' appartato, ma comunque significativo e che si è mosso ad indagare i contributi e gli influssi del pensiero dei Kelsen, dei Merkl, dei Verdross sulle odierne tematiche e sistematiche del diritto pubblico dimostra come il colloquio ed il confronto con la produzione scientifica della *Wiener Schule* sia ancora oggi ricco e vitale[24].

[21] In questa direzione di particolare rilievo sono gli scritti di O. BACHOF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, Berlin 1954 (Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, 12) ora anche in O. BACHOF, *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Königstein/Ts. 1979, pp. 80 ss.; H. H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*, Tübingen 1965.

[22] Nella redazione della novella del 1929. Sulla vicenda W. BRAUNEDER-F. LACHMAYER, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, Wien 1983^3, pp. 259 ss.

[23] Indicativa, a questo proposito, la centralità che la sistematica di Adolf Merkl conserva nel recentissimo volume di F. KOJA, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*, 2. völlig neubearbeitete Auflage auf Grundlage des *Allgemeinen Verwaltungsrechts* von Walter Antoniolli, Wien 1986.

[24] Già particolarmente significativo è lo scritto di F. WEYR, *Reine Rechtslehre und Verwaltungsrecht*, in *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstage gewidmet*, Wien 1931, Nachdruck Frankfurt am Main 1967, pp. 366-389: A Weyr, tuttavia, come principale rappresentante della Scuola pura del diritto cecoslovacca (cfr. il volume *Die Brünner Rechtstheoretische Schule [Normative Theorie]*, hrsg. von V. KUBES und O. WEINBERGER, Wien 1980) va più precisamente riconosciuto il ruolo di cofondatore dell'indirizzo amministrativo della Scuola di Vienna. In tempi più recenti il filone di ricerca cui accenniamo nel testo è stato per lo più percorso da giuristi di diritto positivo. Si vedano W. ANTONIOLLI, *Hans Kelsens Einfluss auf die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Law, State and international Legal Order*, cit., pp. 21-28; F. ERMACORA, *Die Bedeutung und die Aufgabe der Wiener Schule für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht der Ge-*

Ora – come dicevo all'inizio – di questa produzione scientifica l'*Allgemeines Verwaltungsrecht* di Adolf Merkl rappresentava, nel campo del diritto amministrativo, la sintesi teorica più significativa, il simbolo di una comunanza di indirizzi, di vedute, di soluzioni giuridiche, sintetizzava una teoria generale della *Verwaltung* sulla base di comuni presupposti metodologici [25].

Pubblicato nel 1927, alla vigilia di quegli anni '30 che, tra la drammaticità degli eventi austro-tedeschi, le controverse valutazioni sull'accentuato parlamentarismo della costituzione del 1920, la stessa diversità delle scelte individuali, determineranno, all'interno della scuola, un progressivo allentamento dei legami e una diversificazione degli interessi di ricerca ed in parte delle stesse prospettive politiche [26], il volume di Merkl costituiva ancora il frutto di una riflessione comune sui temi della teoria dello Stato e dell'amministrazione, sanzionava un lungo ed intenso periodo di collaborazione scientifica e di rilevanti interscambi culturali.

Il volume rappresentava cioè il punto di arrivo di un'indagine i cui postulati principali, la compiuta identificazione tra potere amministrativo e funzione giuridica, la con-

genwart, in «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», X, 1959-60, pp. 347 ss.; F. ERMACORA, *Hans Kelsen e il diritto costituzionale austriaco*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, cit., pp. 27-38; H. KLINGHOFFER, *Kelsens Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsrecht*, in *Law, State and international Legal Order*, cit., pp. 139 ss. e da ultimo, oltre gli scritti di Norbert Achterberg citati alla nota 7, B. Ch. FUNK, *Der Einfluss der «Wiener Schule des Rechtspositivismus» auf die österreischische Verwaltungswissenschaft*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, cit., pp. 105-128.

[25] In questo senso anche K. KORINEK nel *Vorwort* premesso alla ristampa dell'*Allgemeines Verwaltungsrecht* di Adolf Merkl, Darmstadt 1969, pp. VII-IX.

[26] Com'è noto (R. A. METALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien 1969, pp. 63 ss.) Kelsen si ritirò a Ginevra già nella primavera del 1933. Adolf Merkl, professore all'Università di Vienna dall'inizio del 1932 (cfr. la sua autobiografia in *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaftler der Gegenwart in Selbstdarstellung*, hrsg. von N. GRASS, Innsbruck 1952, p. 138) fu, come giurista di diritto positivo, fortemente impegnato nel commento e nell'interpretazione del nuovo ordinamento costituzionale austriaco fissato con la «ständisch-autoritäre Verfassung» del 1934. Nel 1938, con l'occupazione nazista di Vienna, Merkl venne collocato a riposo.

quista dell'insidioso terreno della *Verwaltung* alla costruzione formal-giuridica, si radicavano profondamente nel quindicennio precedente.

Già nel 1911 infatti, con gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen, secondo le ben note distinzioni tra metodo giuridico e sociologico [27], aveva cercato di risolvere in una dottrina pura del diritto [28], in una costruzione esclusivamente giuridica l'intera dinamica dei poteri e delle istituzioni dello Stato.

Il tentativo era però "riuscito" soltanto in parte ed in assenza di quella costruzione a gradi che nelle opere successive Kelsen mutuerà proprio da Adolf Merkl, un settore fondamentale della vita dello Stato, la funzione legislativa, era rimasto ai lati della costruzione giuridica, immerso ancora nell'indistinto sociale, nel regno degli interessi e dei valori morali [29].

La stessa identità tra *Staatsgewalt* e *Rechtssätze*, tra azione e volontà, tra *Sollen* e *Wollen*, affermata a chiare lettere per la persona giuridica dello Stato [30], scontava una clamorosa eccezione proprio per il potere legislativo, illimitato produttore del diritto, termine ultimo nel processo di creazione della norma e pertanto estraneo al consueto procedimento di imputazione dell'attività allo Stato [31].

La mancata individuazione della *Grundnorm* nella duplice

[27] La conferenza che Kelsen tenne nell'inverno 1911 presso la Facoltà di sociologia dell'Università di Vienna (*Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen 1911, trad. ital. a cura di G. Calabrò, *Tra scienza del diritto e sociologia*, Napoli, 1974) è soltanto di pochi mesi successiva al volume degli *Hauptprobleme*.

[28] «Das Ziel, auf das die *Hauptprobleme* gerichtet sind... ist eine reine Rechtslehre als Theorie des positiven Rechts»: così lo stesso Kelsen nella *Vorrede* alla seconda edizione del volume, cit., p. V.

[29] «Es ist dies die Stelle, wo Sitte und Moral, wo wirtschaftliche und religiöse Interessen zu Rechtssätzen, zum Inhalt des Staatswillens werden: im Gesetzgebungsakte»; H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 411.

[30] *Ibidem*, p. 250: «Des Staates Wollen ist sein Sollen, Seine Pflicht ist sein Willen».

[31] *Ibidem*, p. 410: «der Gesetzgebungsprozess ist nicht eine Funktion des Staates oder des Rechtes, er ist eine Voraussetzung beider, die ausserhalb ihrer Grenzen liegt».

veste di presupposto logico-ipotetico da cui far discendere tutto il processo di creazione/applicazione del diritto e di *Verfassung* in cui sintetizzare l'intera dinamica dei poteri dello Stato, obbliga ad escludere il Parlamento (e lo stesso discorso vale in certa misura anche per il monarca [32]) dal novero degli organi dello Stato e costringe Kelsen a riscoprire la tradizionale dicotomia tra *Staat* e *Gesellschaft* per riposizionarlo come «Zwischenbau» tra Stato e società, come «soziales Organ der Interessenvertretung» [33].

La vigorosa carica demolitrice che Kelsen indirizza contro il contenuto marcatamente ideologico della dottrina dominante, tendente a ricostruire l'essenza della funzione legislativa nella sanzione del monarca [34], si snoda così secondo prospettive inconsuete al lettore delle opere kelseniane successive e che svelano aperture verso il mondo della sociologia e della politica in seguito riassorbite nei più ristretti spazi di libertà che il combinarsi di *Rechtserzeugung* e *Rechtsanwendung* permette nell'ambito della struttura a gradi [35].

Il terreno della *Verwaltung*, tradizionalmente posto all'interno del campo di applicazione della norma e più appartato rispetto alle grandi tematiche del rapporto tra Stato e diritto, risulta invece già nel 1911 ampiamente conquistato alla costruzione «formal-juristisch».

L'individuazione di una prospettiva di sviluppo del diritto amministrativo alternativa all'indirizzo dominante è quindi già concretamente fissata nelle pagine degli *Hauptprobleme*.

La critica serrata alla definizione tradizionale di ammini-

[32] *Ibidem*, pp. 684 ss.

[33] *Ibidem*, pp. 468-469.

[34] *Ibidem*, pp. 412 ss.

[35] Cfr. H. KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in «Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie», 1923-4; trad. ital. a cura di C. Geraci, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in H. KELSEN, *Il primato del Parlamento*, Milano 1985, pp. 83 ss.

strazione come «freie Tätigkeit der Staatsorgane zur Realisierung der Staatszwecke» [36], tralatiziamente ripetuta nella scienza giuridica tedesca da Bluntschli a Laband sino ad Otto Mayer, l'inammissibilità logica di un'azione libera, nei limiti del diritto, degli organi dello Stato e l'obbligato riconoscimento del carattere esecutivo della funzione amministrativa incidono immediatamente sulla posizione costituzionale degli apparati e preludono non solo alla successiva generalizzazione del concetto di *Rechtsanwendung*, di *legis executio* e quindi alla sostanziale parificazione di giurisdizione e amministrazione all'interno della *Stufentheorie* [37], ma preludono anche ad una sistematica amministrativa non arroccata intorno alla specialità del potere, all'autonomia dell'amministrazione.

L'alternativa in gioco non consiste quindi in una scelta tra realismo e formalismo, tra una definizione più coerente alla molteplicità e alla materialità dei compiti amministrativi ed una definizione ermeticamente racchiusa nella purezza della sua giuridicità, ma in una scelta, tutta interna alla giuspubblicistica e alla sostanziale unitarietà del suo metodo giuridico, tra due diversi modelli costituzionali.

La proclamazione della natura esclusivamente esecutiva dell'azione amministrativa ed il rifiuto di utilizzare lo schermo della persona giuridica per costruire una volontà degli apparati preesistente ed indipendente dal dettato normativo impongono una vistosa frenata alla tendenza – particolarmente evidente nel *Deutsches Verwaltungsrecht* di Mayer [38] – ad ampliare e a generalizzare, sulla base dell'autonoma posizione costituzionale della *Verwaltung*, poteri e facoltà concessi in modo nominato dall'ordinamento agli organi amministrativi.

Le stesse pagine dedicate al potere discrezionale, destina-

[36] H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 491 ss.

[37] H. KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 84 ss.

[38] Si tratta comunque di una tendenza ben presente anche nella scienza italiana del diritto amministrativo a cavallo tra Otto e Novecento: cfr. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. Alle origini della nozione di interesse legittimo*, Milano 1985, specialmente pp. 342 ss.

te ad essere profondamente rivisitate con l'adozione della *Stufentheorie* e del concetto di norma individuale [39], testimoniano già una precisa scelta di campo contro il tentativo della dottrina amministrativistica dominante di fare della discrezionalità del potere il veicolo attraverso il quale confermare l'originarietà dell'amministrazione e la sua assoluta *Eigenständigkeit*.

La riconduzione della discrezionalità al rapporto, naturale e necessario, tra il concetto astratto della norma e la sua rappresentazione concreta, prende posto così all'interno di una tradizione scientifica che in Austria già dal dibattito tra Bernatzik e Tezner tendeva a ricondurre «l'attività amministrativa entro gli schemi concettuali propri dell'attività giurisdizionale» [40].

Il pieno reinserimento dell'attività amministrativa nella funzione esecutiva e lo scioglimento dell'autonomia discrezionale degli apparati nel necessario processo di attuazione dell'ordinamento giuridico preannunciano quindi la futura riunificazione di *Justiz* e *Verwaltung* all'interno del processo di creazione delle norme individuali, ponendo le basi di quella estesa giurisdizionalizzazione del potere amministrativo che caratterizzerà gli interventi legislativi e le sintesi teoriche degli anni '20 [41].

[39] Cfr. rispettivamente H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 503 ss. e H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 229 ss., il 3° libro *Die Erzeugung der Staatsordnung (Dynamik)*. Sul passaggio dalla concezione «statica» a quella «dinamica» basti qui rinviare a M. G. LOSANO, *Saggio introduttivo* a H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960 (trad. ital. *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, pp. XXVI ss.), ora anche in M.G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano 1981, pp. 28 ss.

[40] A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano 1964, p. 70. Facciamo riferimento agli scritti di E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien*, Wien 1886, rist. anast. Aalen 1964, specialmente pp. 36 ss. e di F. TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Wien 1888, specialmente p. 121.

[41] Alludiamo, oltre che alla legge generale austriaca sul procedimento amministrativo, che citeremo più avanti, allo scritto di H. KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, in «Zeitschrift für soziales Recht», 1929, trad. ital. a cura di C. Geraci, *Giurisdizione e amministrazione*, in H. KELSEN, *Il primato del Parlamento*, cit., pp. 123-156.

Agli inizi degli anni '10 comunque è già fissata, tra le rigide maglie del tentativo di ingabbiare l'intera dinamica istituzionale nelle linee della costruzione «formal-juristisch», una precisa prospettiva interpretativa in grado non solo di svelare la stretta funzionalità delle definizioni amministrative tradizionali alla centralità del *monarchisches Prinzip*, ma chiaramente consapevole dell'esigenza di incanalare la crescita delle funzioni amministrative, la molteplice attività del *Kulturstaat* nei rigidi binari dello Stato di diritto, contro i tentativi ricorrenti di liberare l'amministrazione dai vincoli dell'ordinamento giuridico e di impedire ogni ingerenza del Parlamento sull'attività amministrativa.

L'indirizzo metodologico e la preoccupazione, tanto assorbente nelle pagine degli *Hauptprobleme*, di escludere rigorosamente dalla trattazione quegli elementi materiali che si rivelassero non qualificabili e quindi non registrabili nelle linee rigorose della costruzione «formal-juristisch», si animano improvvisamente della centralità del confronto tra potere e diritto, si calano nella critica demistificante di uno *Staatsrecht* che, protetto dalla «ideologica» distinzione tra diritto pubblico e privato, si dimostra troppo rispettoso delle esigenze di autonomia della *Staatsgewalt*, e ripropongono quindi l'essenzialità della norma per la legittimazione dei processi di estrinsecazione del potere [42].

L'integrale sottoposizione al diritto della funzione amministrativa risponde naturalmente alle esigenze poste dalla architettonicità globale del sistema, dalla necessaria linearità del disegno giuridico delle istituzioni, ma innesca anche una notevole, decisiva carica demolitrice dell'autonomia che nella lunga lotta tra amministrazione e diritto il potere amministrativo aveva conservato come espressione e garanzia della continuità delle istituzioni.

[42] Fondamentali a questo proposito due scritti di Kelsen di poco posteriori agli *Hauptprobleme: Rechtsstaat und Staatsrecht*, in «Österreichische Rundschau», Bd. 36, 1913, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, hrsg. von H. Klecatsky-R. Marcic-H. Schambek, Bd. 2, Wien 1968, pp. 1525-1532; e *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», XXXI, 1913, pp. 53-98 e pp. 190-249.

Non è possibile naturalmente trovare negli *Hauptprobleme*, che rimangono scritti di teoria generale del diritto, una analitica trasposizione dei princìpi elaborati nei singoli istituti amministrativi.

Ma la critica serrata che già in queste pagine Kelsen indirizza contro la distinzione tra legge formale e materiale e contro quella parallela tra *Rechts-* e *Verwaltungsverordnungen* [43], a lungo sopravvissute anche in periodo weimariano nella scienza giuridica tedesca [44], svela ancora una volta la forte carica eversiva che l'analisi del giurista praghese dimostrava nei confronti di questi vecchi monumenti del compromesso tra *monarchisches Prinzip* e sovranità del Parlamento, riconfermando la precisa dimensione costituzionale della conquistata giuridicità dell'amministrazione. L'esecutività della funzione amministrativa non esaurisce così i suoi effetti nei profili definitorii, ma incide direttamente sul potere normativo degli apparati, sulla potestà regolamentare, riconducendone le possibilità di esplicazione alla razionalità dell'autorizzazione legislativa.

Su queste linee di sviluppo, già sufficientemente consolidate nel decennio successivo agli *Hauptprobleme*, si verrà ad inserire la grande costruzione dello *Stufenbau* elaborata da Merkl tra il 1917 e il 1923 e definitivamente introdotta da Kelsen nel grande affresco dell'*Allgemeine Staatslehre* e nello scritto di poco precedente dedicato alla teoria della divisione dei poteri [45].

[43] H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., pp. 537 ss. e pp. 558 ss.

[44] Sul punto cfr. H. D. RATH, *Positivismus und Demokratie. Richard Thoma 1874-1957*, Berlin 1981, pp. 165 ss.

[45] Cfr. retro le indicazioni fornite alle note 35 e 39. Si vedano anche le pagine dedicate al problema dallo stesso Kelsen nella *Vorrede* alla seconda edizione degli *Hautprobleme*, cit., pp. XII-XVI. Gli scritti di Adolf Merkl cui facciamo riferimento nel testo sono in gran parte ripubblicati in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Bd. 2, cit., pp. 1079 ss.. Sugli aspetti di teoria generale del diritto basti qui rinviare a R. WALTER, *Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich*, in «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», XVIII, 1968, pp. 348-349; J. BEHREND, *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens*, Berlin 1977.

L'approdo alla costruzione dinamica immette ormai la già conquistata giuridicità della *Verwaltung* all'interno del processo generale di realizzazione dell'ordinamento, nel complesso intersecarsi delle diverse funzioni dello Stato.

Prescindendo dai problemi più pertinenti alla teoria generale del diritto, l'introduzione della *Stufentheorie* consolidava, nella riconosciuta relatività della distinzione tra *Rechtserzeugung* e *Rechtsanwendung*, quell'identità strutturale di *Justiz* e *Verwaltung* che in parte era già emersa nelle pagine degli *Hauptprobleme*, ma acquisiva anche alla descrizione delle funzioni dello Stato quel concetto di *Verfassung* le cui potenzialità non si esaurivano nella ricerca di un presupposto logico da porre al vertice dell'intera dinamica giuridica, di un punto fermo, di una *Grundnorm*, dalla quale far discendère l'intero processo di creazione-applicazione del diritto.

Da una parte infatti la nozione di *Verfassung* permetteva di reinserire all'interno della costruzione giuridica la funzione legislativa [46], clamorosamente esclusa negli *Hauptprobleme*, e preordinava, al tempo stesso, i princìpi giuridici sui quali fondare la nuova funzione della giustizia costituzionale, vera garanzia della costituzione e fondamentale istituzione di controllo della regolarità dell'azione degli organi statali, baluardo essenziale dell'integrità dell'ordinamento e «condizione di esistenza» della stessa repubblica democratica [47].

Ma dall'altra parte la nozione di *Verfassung* introduceva nuove variabili anche nelle consuete descrizioni del potere amministrativo ed esprimeva, forse per la prima volta, una concezione dell'amministrazione ormai pienamente inserita nel gioco delle funzioni dello Stato, nella dialettica tra i poteri, completamente risolta nella dinamica del-

[46] Cfr. H. KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 83 ss.

[47] H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Berlin 1929, (Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, 5) trad. ital. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, effettuata da C. Geraci sull'edizione francese del saggio, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, pp. 145 ss. (la frase citata è a p. 202).

l'ordinamento e finalmente sottratta alla tradizionale autonomia e libertà del potere amministrativo.

Pur vincolata a vistose esigenze di chiusura del sistema e quindi di coronamento logico-ipotetico dell'intero processo di creazione del diritto, la nozione di *Verfassung* non s'immedesima quindi soltanto nella predisposizione della *Grundnorm*, ma – come ha già osservato anche Bobbio [48] – interpreta il crescente complicarsi dei modi di organizzazione dello Stato moderno.

Naturalmente non pretendo con questa affermazione di esaurire in un giro di parole il nugolo di problemi che ruota intorno alla teoria della *Grundnorm* nella riflessione della Scuola di Vienna, a partire dall'intersecarsi di piani tra costituzione in senso logico-giuridico e costituzione in senso positivo, e più in generale intorno alla variegata ricerca di un principio primo dell'organizzazione statale che caratterizza la *Staatslehre* da Schmitt a Smend sino al nostro Mortati [49].

Né voglio sottovalutare i limiti che una visione esclusivamente normativistica e rigidamente ancorata al principio di gerarchia tra i poteri dimostra sul piano di una completa ricostruzione della dinamica costituzionale e del complesso gioco tra organi e funzioni che caratterizza lo Stato moderno [50].

Tuttavia nel momento in cui si scende ad affrontare i problemi concreti dell'ordinamento costituzionale il modello costruttivo della *Verfassung* s'innesta nello schema, ormai troppo semplice, della divisione dei poteri, ed individuan-

[48] N. BOBBIO, *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*, in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977, pp. 206-207.

[49] Si veda l'esame che della teoria della costituzione in Kelsen, Smend e Schmitt svolge lo stesso Costantino Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1940, pp. 31 ss.. Su Mortati si veda ora P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano 1986, pp. 305 ss.

[50] Limiti sui quali insiste A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura del diritto e teoria della costituzione in Kelsen*, Milano 1979, pp. 96-99.

do una pluralità di ipotesi di esecuzione della costituzione (referendum, nomine, compiti della *Staatsregierung*[51]), risolve l'evidente difficoltà d'inserire in una delle tre funzioni tradizionali la natura sempre più variegata delle molteplici attività degli organi statali ed al tempo stesso preordina una solida piattaforma unificante che riconduce i poteri alle norme, assicura il rispetto dei vincoli reciproci ed il reciproco coordinamento tra i poteri.

La stessa recisa negazione del concetto di *Regierung* sostenuta da Kelsen e da Merkl[52] sia contro la dottrina tradizionale[53] sia contro il più recente tentativo di Smend di fare del Governo il fulcro del processo di integrazione[54], è possibile proprio in virtù della nozione di *Verfassung* che permette di ricondurre al diritto e alla norma anche le espressioni del potere supremo, le funzioni degli organi di vertice della gerarchia amministrativa ed ai vincoli del diritto internazionale persino le così dette funzioni straordinarie dello Stato (la guerra)[55].

Del resto, anche se la tendenza ad esprimere una validità generale, quasi universale, riduce al minimo, nelle opere della Scuola di Vienna, i riferimenti normativi ad uno specifico ordinamento positivo, non si può fare a meno di considerare che proprio Kelsen in modo concreto e determinante aveva contribuito all'elaborazione della costituzione austriaca del 1920[56].

[51] Sono significative a questo proposito alcune pagine di A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 6 ss.

[52] H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 244-246; A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 59-60. Sul punto cfr. B. Ch. FUNK, *Der Einfluss der «Wiener Schule des Rechtspositivismus»*, cit., pp. 115-116.

[53] G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1919^3, pp. 616-621; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, cit., pp. 4-5.

[54] La critica a Smend è sostenuta da Kelsen in *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Wien 1930, ora ristamp. in H. KELSEN, *Drei kleine Schriften*, Aalen 1971, specialmente pp. 74 ss.

[55] H. KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 107-108.

[56] Cfr. G. SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien 1981; R. WALTER, *Die Entstehung des Bundesverfassungsgesetzes 1920 in der konstituirenden Nationalversammlung*, Wien 1984.

La puntuale recezione costituzionale dei principii relativi alla *Staatsgerichtsbarkeit* – come proprio Kelsen ricordava nella polemica con Schmitt – dimostrava che le «astrazioni» di cui era accusata la Scuola di Vienna non avevano impedito di «portare a termine anche una concreta dose di lavoro creativo» [57].

Necessità logico-costruttive e capacità d'indirizzare concreti processi costituzionali si fondono così in un tentativo particolarmente significativo di sciogliere l'antitesi profonda apertasi nella scienza giuridica dell'800, da Gneist sino a Mayer, tra *Verwaltung* e *Verfassung* [58], tra amministrazione e ordinamento, di risolvere la descrizione delle funzioni amministrative all'interno del processo generale di legittimazione dei poteri dello Stato, in una corretta dialettica con le istituzioni parlamentari.

In questo senso la recezione – su diretto suggerimento di Kelsen [59] – del principio di legalità nell'articolo 18 della costituzione del 1° ottobre 1920 suggellava definitivamente non solo l'esigenza logica della *Rechtmässigkeit* dell'azione amministrativa, dell'indispensabile riferimento normativo per una compiuta imputazione dell'attività allo Stato, ma fissava anche – come con grande chiarezza rilevava Merkl [60] – quel principio *rechtspolitisch* di *Gesetzmässigkeit* dell'amministrazione che proprio in una preci-

[57] H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in «Die Justiz», VI, 1931, trad. ital. *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in *La giustizia costituzionale*, cit., p. 252. Il volume di Carl Schmitt, oggetto delle critiche di Kelsen, era – come è noto – *Der Hüter der Verfassung*, Berlin 1931, trad. ital. a cura di A. Caracciolo, *Il custode della costituzione*, Milano 1981.

[58] Sulla funzione polemica che gli istituti amministrativi giocano nel modello di Rudolf von Gneist in particolare nei confronti del sistema parlamentare, cfr. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., p. 86 ss., mentre sulla rigida *Eigenständigkeit* che la *Verwaltung* conserva nel sistema amministrativo di Otto Mayer si veda M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo,* in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XXXIII, 1983, pp. 637-638.

[59] Sul punto cfr. G. SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, cit., p. 91. L'art. 18 c. I della costituzione austriaca del 1 ottobre 1920 recita: «die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden».

[60] A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 162-163.

sa gerarchia di funzioni tra legislativo ed esecutivo trovava il suo fondamento, soddisfaceva la premessa indispensabile di un'amministrazione democratica con il riconoscimento pieno che il potere della legge democraticamente approvata finalmente otteneva sul terreno della *Verwaltung*.

Non è possibile in questa sede seguire analiticamente tutte le conseguenze che il principio di legalità, definitivamente restituito alla sua unità di principio logico e politico mostrava di possedere nella sistematica amministrativa della Scuola di Vienna: meriterebbe in particolare di essere approfondita la questione del decentramento che registra anche all'interno della Scuola differenti prospettive teorico-ricostruttive e nel quale si scontrano le esigenze della democrazia dell'amministrazione e le parallele, ma prevalenti, esigenze della democrazia della legislazione, un settore in cui il normativismo svela forse i suoi limiti intrinseci ed una sensibile difficoltà ad individuare nuovi e più concreti rapporti tra politica e amministrazione [61].

Si deve comunque considerare che istituti fondamentali come la riserva di legge, la potestà regolamentare, la definizione del potere discrezionale [62], venivano profondamente trasformati all'interno di un'impostazione generale che nell'unificazione delle funzioni di *legis executio*, nella riconduzione del dualismo tra *Justiz* e *Verwaltung* alla distinzione organizzativa tra l'indipendenza del giudice ed il vincolo gerarchico dell'amministratore [63], negava qualsiasi «specialità» del diritto amministrativo, ogni pretesa dell'amministrazione ad un proprio, peculiare, specifico rapporto con l'ordinamento [64].

[61] Si vedano comunque almeno H. KELSEN, *Demokratisierung der Verwaltung*, in «Zeitschrift für Verwaltung», 1921 (trad. ital. *La democrazia nell'amministrazione*, in *Il primato del Parlamento*, cit., pp. 63-75); H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1929 (trad. ital. *Essenza e valore della democrazia*, in *I fondamenti della democrazia ed altri saggi*, cit., pp. 78 ss.); A. MERKL, *Demokratie und Verwaltung*, Wien-Leipzig 1923.

[62] A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., rispettivamente p. 101, pp. 140 ss., p. 181.

[63] *Ibidem*, pp. 21 ss.

[64] In questo senso le pagine di Adolf Merkl (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 241 ss.) sulla polizia, le critiche serrate ad una «metajuristisch-mystische

Vorrei accennare in chiusura a due ultime questioni.

La prima per precisare che la completa parificazione di *Justiz* e *Verwaltung* all'interno della *Stufentheorie* non incideva soltanto sugli schemi definitori, sul concetto di discrezionalità o sull'applicabilità dell'istituto della cosa giudicata agli atti amministrativi [65], ma che ancora una volta profili logico-teorici e concreti istituti giuridici si mostravano intimamente connessi.

La Scuola di Vienna infatti con notevole anticipo rispetto alla scienza amministrativistica tedesca pone saldamente al centro dell'ordinamento amministrativo la struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica: senza sottovalutare l'importanza in questo campo di una peculiare tradizione austriaca risalente già alla fine dell'Ottocento [66] e l'esistenza di un preciso riferimento normativo (L. 21 luglio 1925 sul procedimento amministrativo), è indubbio che nelle pagine di Merkl il procedimento si pone come strumento essenziale non solo di ricostruzione delle fattispecie così dette a formazione progressiva, quindi come momento logico-concettuale per ordinare la produzione di una serie di atti, ma come preciso strumento di partecipazione dei cittadini all'azione degli apparati [67].

Ancora una volta la rinuncia alla specialità del potere am-

Polizeigewalt», vero «Staat im Staat» nelle descrizioni tradizionali, risultano, specie se confrontate con la sintesi di Otto Mayer (*Deutsches Verwaltunsgrecht*, vol. I, cit., pp. 245 ss.), particolarmente significative.

[65] Un tema questo particolarmente caro a Merkl. Cfr.: *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in «Zeitschrift für öffentliches Recht», 1919, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Bd. 2, cit., pp. 1203-1214; A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*, Leipzig 1923 ed infine le pagine dedicate a questo tema in *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 201 ss.

[66] Una tradizione in cui spicca il nome di Friedrich Tezner il cui *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, Wien 1896, dette per primo dignità dogmatica alla giurisprudenza pretoria che in tema di procedimento amministrativo stava elaborando il *Verwaltunsgerichtshof* austriaco, cui la legge 22 ottobre 1875, istitutiva del tribunale stesso, attribuiva il potere di sindacare l'illegittimità degli atti amministrativi anche per vizi del procedimento.

[67] Per questa distinzione cfr. G. Berti, *La struttura procedimentale della pubblica amministrazione*, in «Diritto e società», III, 1980, pp. 441-442.

ministrativo ha una precisa carica eversiva degli *arcana imperii* dell'amministrazione: la centralità del procedimento infatti sanziona il ruolo essenziale della *Mitwirkung* del cittadino alla funzione, permette una valutazione comparativa degli interessi in gioco, scioglie l'imperatività del provvedimento in un confronto tra le esigenze del potere ed i diritti del cittadino che necessariamente affievolisce il carattere unilaterale e imperativo della manifestazione amministrativa [68].

Infine un ultimo e conclusivo ordine di problemi.

Non c'è dubbio che in un sistema giuridico quale quello elaborato dalla Scuola di Vienna in modo rigidamente formale l'identità tra Stato e ordinamento possa apparire come un'ultima, raffinata, ma esasperata astrazione del vecchio modello della persona giuridica dello Stato, il simbolo di una società tutta giuridica, al tempo stesso, tuttavia, sospesa in un illusorio mondo di esclusiva razionalità logica e quindi pericolosamente esposta ad ogni strumentalizzazione da parte del potere [69].

Il tema non implica soltanto una valutazione della posizione di Kelsen e della sua scuola rispetto alla tradizione ottocentesca ed alla sua sintesi principale, l'opera di Georg Jellinek, ma si lega strettamente alle problematiche di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* o di *Das Problem des Parlamentarismus* [70], alla natura formale delle regole del gioco di uno Stato democratico, alla centralità del relativismo e del compromesso, al problema, decisivo, dei limiti pratici del relativismo stesso, di quelle indispensabili aperture materiali, contenutistiche senza le quali democrazia e difesa della democrazia non sarebbero neppure pensabili.

[68] Cfr. A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 213 ss.

[69] Basti a questo proposito rinviare alle critiche mosse da Hermann Heller al sistema kelseniano e citate retro note 1 e 3.

[70] Su queste problematiche si veda l'analisi di R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni venti-trenta*, introduzione a H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, Bari 1978 e la recensione che del saggio di Roberto Racinaro ha fatto Danilo Zolo, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», VIII, 1979, pp. 382 ss.

Non è però su questi aspetti che vorrei soffermarmi, ma ancora una volta su di un profilo più legato alla dimensione amministrativa e più precisamente sulle implicazioni che l'identità tra Stato e ordinamento ha sul problema dell'organizzazione amministrativa.

La riconduzione di ogni atto di produzione normativa, dalla legge alla sentenza, dall'atto amministrativo al negozio giuridico privato, all'unità dell'ordinamento e alla sua costruzione dinamica, all'identificazione di funzione organica, funzione statale, funzione giuridica [71], poneva un preciso problema di distinzione terminologica tra il concetto più ampio di Stato come ordinamento, in cui far rientrare le stesse forme di manifestazione dell'autonomia privata, ed un concetto più ristretto limitato al solo Stato apparato, allo Stato come organizzazione soggettiva [72].

Il recupero necessario di un concetto soggettivistico di Stato all'interno dell'ordinamento dimostra che anche dietro questo ideale mondo normativo si celavano artifici logici forse più raffinati, ma sostanzialmente non dissimili da quelli utilizzati da Georg Jellinek per formulare la teoria dell'autolimitazione dello Stato e che nella linearità della costruzione normativa si conservava sempre un'irriducibile dimensione imperativa.

Il grande miracolo del *Rechtsstaat*, il fatto che in esso «il potere divent(asse) diritto» [73], doveva cioè sempre fare i conti con le concrete manifestazioni di quella sovranità, di quella *summa potestas* che la costruzione dinamica sembrava progressivamente e gradualmente condurre al completo dissolvimento nella norma giuridica [74] o alla compiuta impersonalità del comando [75].

[71] Centrale a questo proposito il capitolo dell'*Allgemeine Staatslehre* di Kelsen, cit., pp. 262 ss., dedicato alla dottrina degli organi statali.

[72] Sul punto ancora H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 275-276, le pagine dedicate al «Rechtsinhaltsbegriff des Staates».

[73] H. KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, cit., p. 127.

[74] N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LVIII, 1981, specialmente pp. 561 ss.

[75] G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto «Stato»*, in *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Milano 1981, p. 82.

Anche in questo caso tuttavia la prospettiva normativistica offre notevoli suggestioni e comporta implicazioni particolarmente significative.

La decisiva relativizzazione che la centralità del concetto di persona giuridica ottiene all'interno della sistematica amministrativa determina una drastica rinuncia ad una serie di strumentari giuridici (l'autarchia, il controllo, il riassorbimento degli interessi perseguiti dai singoli enti nell'unità dei fini dello Stato) comunemente adoperati dai giuristi per ricomporre la variegata dimensione del «pubblico», per fissare intorno al soggetto Stato una rassicurante unità amministrativa.

La precisa scelta di Merkl di riunificare la grande cornice del «pubblico» attraverso il criterio della spesa, attraverso la partecipazione di organi e soggetti ad una comune provvista di mezzi finanziari, scioglie la personalità giuridica dello Stato in un «Kostendeckungsverband» [76], dimostra il definitivo accantonamento dell'approccio antropomorfico ai problemi dello Stato, registra puntualmente la crescita di uno Stato multiorganizzativo, di un *Mehrpersonenstaat* [77].

Il ricorso al concetto di ordinamento offre così una griglia capace di imbrigliare e di rappresentare una serie significativa di trasformazioni. La rinuncia alla centralità della persona giuridica e la contemporanea adozione della distinzione kelseniana tra amministrazione diretta e indiretta [78] e sul piano organizzativo la contrapposizione tra *Behörden* e *Anstalten* [79], immettono prepotentemente nella sistematica amministrativa la registrazione consapevole dell'ampliamento delle funzioni dello Stato, della crescita di uno Stato sociale e amministrativo.

[76] A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 292 ss.

[77] Per la problematica connessa all'uso di queste terminologie rinviamo a B. BINDER, *Der «Mehrpersonen»-Staat*, in «Die Verwaltung», XVII, 1984, pp. 35 ss.; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XXXV, 1985, pp. 374 ss.

[78] H. KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten*, cit., pp. 96-100.

[79] A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 306 ss.

L'accettazione della complessità, della pluralità delle forme organizzative, la fissazione di un'unità solo normativa della variegata dimensione del «pubblico», implicano anche il rifiuto di una statualizzazione normalizzatrice, rivelano sul piano dell'organizzazione amministrativa l'intersecarsi di liberismo e interventismo, la presenza di una estesa *Sozialisierung*.

Alle trasformazioni dello Stato, al venir meno dell'unitarietà liberale del *Behördenstaat*, alla crisi delle strutture tradizionali non si risponde con la crescente capacità dello Stato di «dominare», «combattere», «inquadrare» nel proprio ordinamento «le altre organizzazioni viventi in lui e contro di lui» [80], ma con l'accettazione della pluralità, il riconoscimento della complessità del sociale e quindi della centralità del compromesso politico [81].

La rinuncia alle capacità unificanti e rassicuranti della persona giuridica dimostrava quindi che prima di un fideistico e formalistico affidamento all'illusione di una società intessuta di razionalità normativa, la riflessione amministrativa della Scuola di Vienna aveva mantenuto una chiara consapevolezza dei limiti del giuridico, un'avvertita registrazione della profondità delle trasformazioni, una precisa coscienza dei nuovi compiti che uno Stato, ormai a prevalente amministrazione diretta, era chiamato ad affrontare.

[80] La frase citata, contemporanea agli scritti che stiamo analizzando, è di Guido Zanobini, Recensione a S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1926, in «Rivista di diritto pubblico», XIX, 1927, parte I, p. 317.

[81] Si veda il paragrafo conclusivo dell'*Allgemeine Staatslehre* di Kelsen, cit., pp. 368-371: *Staatsform und Weltanschauung*.

La crisi della dottrina dello Stato nell'età di Weimar

di *Gustavo Gozzi*

1. *La teoria dello Stato di R. Smend*

La tesi che Smend enuncia all'inizio del suo volume *Verfassung und Verfassungsrecht* apparso nel 1928 è particolarmente chiara: non può darsi nessuna soddisfacente dottrina del diritto pubblico (*Staatsrechtslehre*) senza una chiara fondazione in una dottrina generale dello Stato e della costituzione e nessuna valida dottrina dello Stato e della costituzione senza un metodo, non giuridico, bensì proprio delle scienze dello spirito (*geisteswissenschaftliche Methode*) [1]. Smend pone dunque il problema del diritto pubblico esprimendo con chiarezza l'esigenza di una sua fondazione in una teoria dello Stato e della costituzione concepita come scienza dello spirito (*geisteswissenschaftliche Staatstheorie*).

A tal fine la via che egli persegue è quella di una nuova fondazione della categoria «Stato». Il tentativo di Smend deve essere delineato con precisione: esso mira a superare ogni concezione dualistica che rappresenti lo Stato sia come realtà sociale che come soggetto di diritto (*Rechtssubjekt*) (ad es. nell'opera di G. Jellinek) [2]; ma respinge anche le soluzioni che, come quella di Kelsen, superano quel dualismo dissolvendo la realtà dello Stato in quella dell'ordinamento giuridico.

Quella dicotomia era il prodotto, come scriveva H.

[1] R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin 1968², p. 119.

[2] Cfr. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900, p. 149.

Mayer, della estraneità dello Stato alla società, mentre la concezione di Kelsen esprime la fine della realtà e della autorità dello Stato. Smend ritiene di poter superare il dualismo della teoria dello Stato del secolo XIX proponendo una nuova interpretazione della categoria «Stato», senza peraltro ricadere nella soluzione del normativismo kelseniano.

Al dualismo della dottrina dello Stato, espressione di un contesto costituzionale segnato dalla crisi della I guerra mondiale e al normativismo kelseniano, che aveva fatto dello Stato solo la sostanzializzazione di una relazione unitaria [3], ossia dell'ordinamento giuridico, Smend oppone la validità della categoria di Stato inteso come «integrazione».

All'origine di questa concezione vi è l'approccio proprio delle scienze dello spirito che Smend interpreta come scienze comprendenti. Scrive Tatarin-Tarneyden che Smend pone a fondamento della dottrina dello Stato una filosofia della cultura [4], ma egli rileva anche che senza sociologia lo Stato non può essere concepito come realtà spirituale (*geistig*). È senza dubbio una osservazione decisiva che ci permette di valutare più a fondo la soluzione di Smend. Egli infatti dichiara di prendere le distanze dalla sociologia del suo tempo, in quanto essa è orientata secondo un approccio meccanicistico-causale oppure in base ad uno schema teleologico [5].

Lo Stato è invece, per Smend, l'insieme dei vissuti, ossia l'oggetto di una relazione di senso [6] o, anche, la forma della vita sociale degli uomini [7].

[3] H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, Wien 1930, p. 10.

[4] E. TATARIN-TARNEYDEN, *Integrationslehre und Staatsrecht*, in «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», 85, 1928, p. 12.

[5] R. SMEND, *Verfassung*, cit., p. 127.

[6] E. TATARIN-TARNEYDEN, *Integrationslehre*, cit., p. 15.

[7] Cfr. H. MAYER, *Die Krisis der deutschen Staatslehre und die Staatsauffassung Rudolf Smends*, Köln 1931, p. 35.

Nella risposta fortemente critica indirizzata a *Verfassung und Verfassungsrecht*, Kelsen osserva che Smend critica la dottrina dello Stato del secolo XIX, e soprattutto l'opera di G. Jellinek, ma respinge anche il normativismo che procede proprio da una critica a quella stessa dottrina dello Stato. Anzi Kelsen aggiunge quasi provocatoriamente che esistono dei precisi punti di contatto tra la dottrina normativistica e la teoria dell'integrazione di R. Smend: soprattutto la critica ad ogni concezione causale della vita spirituale.

Quando la dottrina pura del diritto ritiene inadeguate le relazioni di causa e di effetto, di mezzo e di fine, per determinare la natura dello Stato, essa lega questo rifiuto della causalità e della teleologia ad una esigenza precisa: quella di individuare la legalità propria tanto dello Stato quanto del diritto [8] e di opporla alla specifica legalità naturale.

Così la dottrina dello Stato di H. Kelsen si presenta come scienza dello spirito [9] la quale concepisce lo Stato e il diritto come sistema normativo che si svolge in un ambito diverso da quello della natura.

Smend rimprovera a Kelsen di aver negato la realtà dello Stato (malgrado Kelsen affermi di negare solo la realtà naturale e non anche l'esistenza dello Stato). Al riguardo Kelsen si esprime con molta chiarezza: egli concepisce infatti la volontà dello Stato come espressione della unitarietà dell'ordinamento giuridico e nega che si tratti di una volontà collettiva di tipo social-psicologico.

Smend al contrario parla di una vita [10] dello Stato distinta dalla vita degli individui, ed è proprio l'incapacità di cogliere questo reale processo vitale che egli rimprovera alla scuola di Vienna. Si tratta pertanto ora di indagare a fondo la dottrina della integrazione.

[8] H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, cit., p. 12.

[9] *Ibidem*, pp. 12-13.

[10] *Ibidem*, p. 33.

2. *Lo Stato come «geschlossener Kreis»*

Smend dichiara esplicitamente la fonte dalla quale attinge il metodo che egli impiega nella sua dottrina dello Stato: è l'opera di Th. Litt, *Individuum und Gemeinschaft* (1919), apparsa nel 1926 nella sua 3^a edizione.

R. Bartlsperger in un approfondito studio sulla teoria della integrazione di R. Smend mette in luce le precise derivazioni concettuali della teoria di Smend dall'opera di Litt. In particolare Smend utilizza la categoria di «geschlossener Kreis» che Litt concepisce come una realtà di senso oggettivata e simbolizzata della quale l'«io» e il «tu» fanno parte in forza del loro reciproco legame [11]; essi appartengono ad una connessione che dà forma al loro rapporto, e ciò implica che ogni elemento può essere compreso solo a partire dalla relazione che lo lega a tutti gli altri elementi.

Al tempo stesso, la dimensione del «geschlossener Kreis» è quella di una unità che viene vissuta da tutti gli elementi che ne fanno parte. La realtà dei soggetti è una realtà di vissuti che struttura i loro rapporti reciproci. L'«io» è vissuto immediatamente dal «tu» e le loro azioni sono vissute all'interno di prospettive che si delimitano reciprocamente. Litt definisce questa realtà con la categoria di «Gesamterlebnis» [12] (vissuto collettivo).

I soggetti appartengono pertanto ad un duplice ordine di relazioni: il legame rappresentato dal senso che viene condiviso e il legame che si costituisce attraverso i vissuti dei soggetti che dipendono dalle loro mutue relazioni [13].

L'approccio che deve cogliere questa complessa struttura è, secondo Th. Litt, insieme fenomenologico e dialettico.

[11] Th. LITT, *Individuum und Gemeinschaft* (1919), Leipzig 1926^{3}, pp. 238.

[12] *Ibidem*, pp. 241 ss.

[13] Per una discussione su questo punto cfr. R. BARTLSPERGER, *Die Integrationslehre R. Smends als Grundlegung einer Staats- und Rechtstheorie*, München 1964, p. 8.

La considerazione fenomenologica supera la distinzione tra realtà personale e legame sociale, costruendo la comunità come realtà di vissuti. L'approccio dialettico annulla la distinzione parte/tutto concependo i singoli elementi come momenti del tutto [14]. Smend utilizza questa metodologia di Th. Litt, ma con alcune importanti modifiche.

Egli concepisce infatti lo Stato come «geschlossener Kreis», ossia come una struttura di connessioni dove ciascuno è in relazione con gli altri. È sul fondamento di questa rappresentazione della realtà che Smend tenta di definire quella che egli chiama la «vita» dello Stato (una nozione sfuggente sulla quale si appuntano le critiche di Kelsen). Nella vita dello Stato ogni momento non può essere dedotto causalmente dall'altro, ma può essere compreso solo a partire dal tutto. Con questo approccio Smend mira a superare ogni considerazione teleologica e meccanicistica – propria di tanta parte della sociologia a lui contemporanea – nell'analisi dello Stato.

Egli si affretta a precisare che lo Stato non può essere concepito come persona superindividuale, giacché la totalità che esso esprime è solo la forma della vita delle singole parti [15]. La realtà dello Stato che risulta da una siffatta concezione si pone in un ambito intermedio tra la sociologia e il diritto.

In primo luogo, precisa Smend, il circolo di coloro che si trovano all'interno dello scambio spirituale in cui consiste la realtà dello Stato non corrisponde alla somma degli appartenenti allo Stato. Egli sembra qui distinguere, da una parte, il cittadino attivo e consapevole che vive in un rapporto reciproco con gli altri membri della comunità e, dall'altra, la massa passiva. Tuttavia anche quest'ultima partecipa in qualche modo alla vita dello Stato.

In secondo luogo, Smend distingue la dimensione dello

[14] Th. LITT, *Individuum und Gemeinschaft*, cit., p. 17.

[15] R. SMEND, *Verfassung*, cit., p. 132.

Stato da quella del diritto, anch'esso concepito come «geschlossener Kreis».

È inevitabile che a questa concezione si indirizzino le critiche di Kelsen. Anch'egli infatti concepisce la dottrina dello Stato come «scienza dello spirito», ma nega che essa possa delineare una presunta «vita» dello Stato. Essa può solo definire l'ordinamento delle norme; non vi è, oltre a questo, una diversa realtà dello Stato. Concependo lo Stato come sistema di norme, Kelsen ritiene che il vero problema sia quello della validità e della produzione dell'ordinamento giuridico [16]. Al contrario Smend ammette, secondo Kelsen, anche la dimensione della vita psicofisica dello Stato.

In realtà questo aspetto della dottrina di Smend si rivela assai complesso. Proprio su questo punto inoltre egli prende le distanze dalle tesi di Th. Litt. Certamente anche Smend concepisce lo Stato come relazione di senso (*Sinnzusammenhang*) che non può dunque essere intesa solo in modo empiricamente descrittivo, ma egli precisa anche che le relazioni di senso in cui consiste lo Stato, rappresentano il modo in cui si realizzano i valori; e la legge dei valori è quella che presiede alla affermazione di un sistema di norme culturali. È questo il fondamento della vita dello Stato: il senso delle azioni dei soggetti che appartengono allo Stato scaturisce dal riferimento a valori, ossia a norme culturali che fondano la comunità politica (Smend identifica dunque, contrariamente a Litt, la sfera del senso con la sfera del valore.)

Ne consegue una singolare reduplicazione nella concezione dello Stato: non solo la distinzione di Stato e diritto (che chiarisce l'opposizione di Kelsen alle tesi di Smend) essendo il diritto l'organizzazione normativa della dimensione culturale che ne è alla base, ma anche, come vedremo, il costante rinvio che Smend opera, di istituti e procedure in cui consiste la vita dello Stato, alla realtà dei valori che ne sono il fondamento.

[16] H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, cit., p. 14.

Si chiarisce così anche il senso dell'approccio di R. Smend nella sua dottrina dello Stato: esso esprime – come riconosce lo stesso Smend – una posizione valutativa e superempirica [17].

Il superamento di un approccio di tipo causale o teleologico e della teoria normativistica conduce Smend ad un sistema costruito sulle categorie di tutto e di parte: una concezione che viene ora chiarita attraverso la rappresentazione di un mondo di valori che fonda la vita della comunità. Si tratta di una posizione che H. Mayer definisce neoromantica.

3. *Stato e integrazione: il concetto di «politico»*

La realtà dello Stato consiste in un processo di fusione, di sintesi, di unione durevole degli uomini. Questo processo dinamico, in cui si svolge la vita dello Stato, viene definito da Smend con la categoria di «integrazione». Essa esprime il processo fondamentale della vita dello Stato, la sua natura essenziale. Lo Stato esiste, secondo Smend, in quanto si integra durevolmente. Le singole espressioni della vita dello Stato – leggi, atti diplomatici ecc. – sono solo le manifestazioni esteriori dei processi vitali, spirituali della comunità dello Stato.

L'analisi dello Stato deve dunque essere sempre condotta su due livelli: *a*) la normatività assiologica dello spirito (*Wertgesetzlichkeit des Geistes*), ossia il processo di integrazione e *b*) il diritto positivo dello Stato. Il processo che integra lo Stato in una unione durevole di volontà (che Smend definisce, con le parole di Renan, «un plebiscito che si rinnova quotidianamente») [18] richiede infatti di esprimersi in una realtà positiva.

[17] R. SMEND, *Verfassung*, cit., p. 135. Su questo esito della dottrina di Smend si possono utilmente considerare le valutazioni di H. MAYER, *Die Krisis*, cit., p. 46.

[18] R. SMEND, *Die Verfassung*, cit., p. 136.

Ma in questo modo Smend procede nella costruzione di un sistema che gli consente di prendere le distanze dalla tradizionale dottrina dello Stato, in particolare da ogni approccio di tipo formalistico. I modi della integrazione rappresentano infatti per Smend il contenuto materiale che fonda le forme del diritto e, insieme, il criterio che gli consente di rinnovare la dottrina dello Stato [19].

Così, come vedremo meglio in seguito, i diversi tipi della integrazione gli permettono di riformulare la teoria delle forme di Stato attraverso una critica della dottrina tradizionale che, non riuscendo a cogliere il «senso» dello Stato, ne mette unicamente in luce le finalità e i processi di giustificazione. Smend è comunque ben consapevole di percorrere con questo approccio la via dell'irrazionalismo [20].

Prima di Smend la categoria di integrazione era stata impiegata da H. Kelsen nello scritto del 1920, *Wesen und Wert der Demokratie* nel quale Kelsen afferma che la democrazia «garantisce una consapevole integrazione politica della società statale» [21]. Anche Leo Wittmayer, al quale Smend rinvia esplicitamente, utilizza la categoria di integrazione in un saggio del 1925 dedicato a *Die Staatlichkeit des Reiches als logische und als nationale Integrationsform*. Wittmayer dichiara di desumere l'espressione di integrazione da H. Spencer e di intenderla come il concetto che si riferisce a tutte le rappresentazioni politiche che esprimono un'istanza di unificazione, a tutte le forze che producono processi di unificazione («Inbegriff aller politi-

[19] Per una riflessione su questo punto si veda W. BAUER, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit um die Weimarer Demokratie*, Berlin 1968, p. 271. Bauer ricorda che secondo Smend la concezione dello Stato oscillava tra assenza dello Stato (*Staatsenthaltung*) e adorazione del potere (*Machtanbetung*).

[20] R. SMEND, *Verfassung*, cit., p. 141. W. Bauer afferma che la teoria dell'integrazione di R. Smend, come pure quella del "Volksgeist" di Kaufmann, si caratterizza per il suo orientamento verso un irrazionalismo politico: W. BAUER, *Wertrelativismus*, cit., p. 271.

[21] H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», XLVII, 1920-21, p. 75.

schen Vereinheitlichungsvorstellungen und Vereinheitlichungskräfte») [22].

R. Thoma attribuisce invece alla categoria di integrazione un significato diverso. Egli scrive che il potere può reggersi solo su di un fondamento diverso dal timore, e precisamente su di una integrazione psichico-individuale [23] che in epoche precedenti si realizzò attraverso legami religiosi, dinastici o tradizionali, mentre nell'epoca presente ciò avviene attraverso il sentimento nazionale e l'interesse economico garantito dall'ordinamento esistente.

Ancor prima che nel volume del 1928, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Smend aveva introdotto il termine «integrazione» in uno scritto del 1923 dedicato al potere politico e al problema delle forme dello Stato. Si tratta di un saggio importante nella produzione di R. Smend in quanto gli consente di porre con chiarezza il concetto di «politico» e ciò alcuni anni prima del noto scritto di C. Schmitt dal quale lo dividono rilevanti differenze.

Smend distingue tra governo e amministrazione. Il governo è la funzione che cade nel cerchio della politica, ossia nell'ambito nel quale esso si determina da sé [24], mentre l'amministrazione è il contesto nel quale lo Stato produce solo i mezzi tecnici per lo svolgimento delle sue funzioni politiche. Nel governo l'orientamento è rivolto verso la totalità, mentre nell'amministrazione l'azione è rivolta verso il particolare.

Tra le fonti di Smend compare l'opera di L. von Stein. La distinzione tra governo e amministrazione è posta in-

[22] L. WITTMAYER, *Die Staatlichkeit des Reiches als logische und als nationale Integrationsform*, in «Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht», LVII, Heft 4/6, Leipzig 1925, p. 145.

[23] R. THOMA, *Staat*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Bd. VII, Jena 1926, p. 725.

[24] R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923), in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., p. 79. Smend affronterà anche in seguito la distinzione tra governo e amministrazione con un saggio dal titolo *Les Actes de gouvernement en Allemagne*, in «Annuaire de l'Institut International de droit public», XII, Paris 1931, pp. 192 ss.

fatti con molta chiarezza nella *Verwaltungslehre* di Stein (1866). Il governo rappresenta l'idea di Stato (*Staats-idee*); esso comprende, scrive Stein, che questa idea di Stato raggiunge il suo pieno sviluppo attraverso la completa realizzazione di tutti gli elementi della vita dello Stato e che la sua potenza (*Macht*) si basa sulla forza di quegli elementi che attraverso di esso si sentono realizzati. Su questa base il governo fa dello sviluppo della vita del popolo il suo scopo e della amministrazione il suo mezzo [25].

Smend ritiene che Stein abbia individuato con chiarezza il carattere proprio delle azioni politiche ponendolo in ciò, che esse sono senza oggetto [26], che esse formano lo «spirito» dello Stato realizzando l'unità nella sua vita e nelle sue funzioni.

Nel saggio del '23 sul potere politico l'indagine si sofferma principalmente sull'azione del governo concepita come direzione generale dell'attività dello Stato, che consente a Smend di definire precisamente il concetto di «politico»: esso indica la formazione di un orientamento unitario del volere (*einheitliche Willensrichtung*) per la vita dello Stato [27]. Al riguardo egli cita O. Mayer laddove questi definisce il governo come «la direzione generale del tutto, la direzione unitaria per il destino politico dello Stato e lo sviluppo culturale al suo interno . . . essa influenza tutti i modi della effettiva realtà dello Stato» [28]. La realtà dell'azione politica che viene qui delineata da O. Mayer rappresenta, secondo Smend, il processo della integrazione della vita dello Stato: il concetto di «politico» esprime dunque, nell'opera di Smend, il prodursi della integrazione dello Stato.

Questa concezione del «politico» appare determinante

[25] L. VON STEIN, *Die Verwaltungslehre*, 1866, 1884², Teil 1, Abteilung 1, riproduzione anastatica, Aalen 1962, p. 145.

[26] Questa concezione di Smend viene criticata da Hennis in W. HENNIS, *Politik und praktische Philosophie*, Stuttgart 1977, pp. 76-77.

[27] R. SMEND, *Die politische Gewalt*, cit., p. 80.

[28] O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, Leipzig 1895, p. 4.

per ridefinire la concezione del diritto positivo, per la teoria del diritto pubblico e per la dottrina generale dello Stato. Tatarin-Tarneyden riconosce che il merito principale di Smend è stato quello di aver introdotto il «politico» nel diritto pubblico e nella dottrina dello Stato [29]. Infatti Smend pone proprio il «politico» come oggetto del diritto pubblico. (Al riguardo si può osservare che il ruolo assunto dal «politico» nella dottrina dello Stato e nel diritto pubblico è ciò che consente di accomunare, malgrado rilevanti differenze, la posizione di Smend e quella di Schmitt). Il diritto pubblico dovrà dunque indagare le istituzioni dello Stato – la monarchia, il parlamento, il governo – e le loro funzioni «"mediante le quali la volontà dello Stato viene fondata come unità", cioè attraverso le quali lo Stato si integra durevolmente in unità» [30].

Appare evidente la distanza di Smend dalla successiva concezione di C. Schmitt: questi concepisce infatti il «politico» come la distinzione specifica tra «amico» (*Freund*) e «nemico» (*Feind*); anzi è solo la possibilità di instaurare questa distinzione che rappresenta la condizione di esistenza del «politico». Il presupposto di questa distinzione è l'esistenza di una realtà politica capace di porla in forza di una *decisione* propria.

Si oppongono qui nettamente due concezioni del «politico»: in Schmitt esso indica l'esistenza di una unità politica capace di esprimere la decisione che pone una differenza fondamentale, quella tra amico e nemico; in Smend esso corrisponde alla integrazione che unifica una comunità politica. La dottrina dello Stato e la dottrina della costituzione dei due autori appariranno segnate, come vedremo, da queste concezioni tra loro profondamente antitetiche. Ce ne possiamo rendere conto dalla diversa sistematizzazione delle forme di Stato.

Secondo Smend la loro nuova classificazione dipende dal-

[29] E. TATARIN-TARNEYDEN, *Integrationslehre*, cit., p. 12.

[30] R. SMEND, *Die politische Gewalt*, cit., p. 82.

le diverse modalità di integrazione. Così sarà possibile distinguere il parlamentarismo che è contrassegnato da una integrazione di tipo dinamico-funzionale, mediante la quale si realizza la direzione generale dello Stato («die Resultante der allgemeinen staatlichen Richtung») attraverso le lotte dell'opinione pubblica, la dialettica parlamentare, le votazioni ecc.: esso è la forma di Stato propria della cultura liberale del secolo XIX (in seguito Smend modificherà questa concezione negando al parlamentarismo la natura di forma di Stato).

Ciò che qui preme sottolineare è il fatto che la categoria di integrazione sembra assumere due diversi significati che nella trattazione successiva saranno sempre più evidenziati: da un lato, essa indica le azioni politiche – che Smend identifica con le azioni del governo – capaci di formare un orientamento unitario per la vita dello Stato; dall'altro, essa si riferisce all'insieme dei processi mediante i quali si realizza una volontà politica unitaria.

Di qui anche la diversità delle interpretazioni che sono state fornite della dottrina della integrazione, nella quale è stata intravista una fondazione del primato dell'esecutivo, ovvero un orientamento di tipo democratico (G. Leibholz) [31].

La seconda forma di Stato che Smend analizza è la monarchia nella quale il sovrano simboleggia i valori sui quali si basa la comunità statale (essa corrisponde, come vedremo, ad un tipo preciso di integrazione). Infine la democrazia che Smend concepisce nella sua forma plebiscitaria e autoritaria.

Le obiezioni di Schmitt alla sistematizzazione di Smend esposta nel saggio del 1923 derivano conseguentemente dalle tesi che egli esprime nella sua *Verfassungslehre*, apparsa alcuni anni più tardi, nel 1928. Scrive Schmitt che Smend concepisce il principio della integrazione come opposto rispetto a quello della rappresentanza. Si tratta

[31] G. LEIBHOLZ, *R. Smend*, in *In Memoriam R. Smend*, Göttingen 1976, p. 28.

invece di riconoscere, secondo Schmitt, che la forma dello Stato dipende dal modo in cui viene rappresentata l'unità politica (che nella sua esistenza immediata è una identità, in quanto è identica a se stessa) [32]. Le diverse forme di Stato derivano dunque dalle diverse modalità di rappresentazione della unità politica. Così non ha senso, secondo Schmitt, opporre l'integrazione alla rappresentanza, in quanto ogni unità politica deve essere integrata: ciò potrà avvenire attraverso la rappresentanza oppure nella forma della identità (nella quale non c'è distinzione tra governanti e governati).

In realtà l'interpretazione che Schmitt fornisce del concetto di integrazione appare assai lontana da quella proposta da Smend. Scrive infatti Schmitt: «Ogni unità politica deve essere in qualche modo integrata, poiché essa non esiste per natura, ma si basa sulla decisione umana» [33]. Ora l'unità posta dalla decisione (in questo caso si tratta della decisione politica fondamentale che pone la costituzione di un popolo) non è l'unità che si produce attraverso l'integrazione. Infatti il problema della dottrina della integrazione ci apparirà sempre più quello dei valori posti dalla costituzione che sono in grado di fondare una comunità politica, mentre la decisione schmittiana esprime le scelte concrete operate da un potere costituente «sulla specie e la forma della propria esistenza politica» (ad es. tra monarchia e repubblica e tra dittatura dei soviet e democrazia costituzionale): ma queste scelte rappresentano, per Smend, solo le condizioni della integrazione e non ancora l'unità politica, che solo i processi della integrazione possono produrre.

Smend ritiene di aver elaborato una dottrina dinamica delle forme di Stato in quanto la monarchia e la democrazia si basano su valori che mutano storicamente, mentre il parlamentarismo si fonda su valori che vengono

[32] C. Schmitt, *La dottrina della costituzione* (1928), Milano 1984, pp. 270 ss.

[33] *Ibidem*, p. 274.

continuamente rinnovati mediante dialettico-funzionali [34] (vi è qui certamente una anticipazione del tipo di integrazione che Smend definirà funzionale).

I valori che fondavano le antiche forme di Stato, scrive Smend, erano invece s t a t i c i, equiparabili alla gerarchia dei valori di cui è portatrice la chiesa cattolica (al riguardo Smend fa un esplicito riferimento all'opera di C. Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form*) [35].

L'elaborazione di una dottrina dinamica delle forme di Stato implica una innovazione sostanziale. Sempre più infatti lo Stato si risolve nei processi attraverso i quali si realizza l'integrazione. Scrive Smend: la dottrina moderna delle forme dello Stato «ha ad oggetto i tipi sociologici del processo di integrazione statale come forma essenziale della moderna vita politica», e sempre più chiaramente il problema consisterà nella individuazione del rapporto mediante il quale i valori posti dalla costituzione si affermano nei processi di integrazione. Così la dottrina dello Stato deve trovare un necessario fondamento nella dottrina della costituzione.

4. *I tipi della integrazione*

Il passaggio dalla teoria dello Stato ad una teoria generale della costituzione è uno svolgimento necessario nella riflessione di R. Smend. Oggetto della sua dottrina dello Stato è infatti l'integrazione la quale si rivelerà il principio regolativo della costituzione. Come ha osservato W. Bauer, il concetto di integrazione è oggetto di una precisa concezione dello Stato, indica processi dinamico-funzionali e fonda infine l'identità della costituzione [36].

[34] R. SMEND, *Die politische Gewalt*, cit., p. 87.

[35] Smend conosce quest'opera di Schmitt in forma ancora manoscritta e ne dà notizia in una nota con un titolo diverso: C. SCHMITT, *Die politische Idee des Katholizismus*.

[36] W. BAUER, *Wertrelativismus*, cit., p. 263.

Attraverso il concetto di integrazione Smend mira a fondare la realtà dello Stato al di là di ogni ordinamento normativo. Essa esprime, come abbiamo sottolineato, un processo di unione durevole degli uomini. La realtà che essa descrive è dinamica: lo Stato infatti non è, precisa Smend, una totalità statica (*ruhendes Ganze*), bensì una totalità unitaria che vive nelle sue singole manifestazioni (attività diplomatica, decisioni politiche ecc.). Ciò che si tratta di chiarire sono le condizioni che rendono possibile questa unità della vita dello Stato.

Smend distingue tre tipi di integrazione – personale, funzionale, materiale – ma avverte che non è possibile riconoscere l'esistenza di «tipi puri». Come già nella dottrina delle forme del potere di M. Weber, anche Smend osserva che le forme dell'integrazione sono reciprocamente compresenti, così che è possibile riconoscere l'unità del sistema della integrazione.

Il primo tipo di integrazione, quella personale, consente di verificare questo sistema di connessioni e permette anche di cogliere la portata innovativa della riflessione di Smend. Essa indica un processo che si manifesta attraverso la figura del capo politico il quale può essere impersonato da funzionari di partito, ministri, parlamentari e anche da funzionari amministrativi. L'integrazione personale non si riferisce ad una precisa forma di Stato. Essa può infatti riferirsi tanto alla democrazia parlamentare, e soprattutto al governo parlamentare i cui capi rappresentano non una parte dei cittadini ma il popolo intero, quanto alla monarchia, giacché essa può essere la simbolizzazione di valori statali comunitari [37].

Smend fornisce qui gli elementi per reinterpretare la categoria di rappresentanza politica, in quanto essa viene concepita come personificazione, ossia come simbolo di valori sui quali si fonda la comunità politica. È proprio l'esistenza di questi valori espressi simbolicamente che consente la formazione di una unità politica.

[37] R. SMEND, *Verfassung*, cit., p. 145.

Appare ancora una volta la distinzione profonda rispetto all'opera di C. Schmitt: la rappresentanza non è, nella dottrina di Smend, forma dell'unità politica, bensì simbolo di valori e insieme forma di «un vissuto che si rinnova costantemente». Non la rappresentazione nella persona del sovrano, bensì la realtà dei vissuti, di cui il simbolo è forma, costituisce l'unità dello Stato.

Lo spostamento è decisivo: esso esprime il tentativo di superare la concezione di un sovrano che rappresenta l'idea di Stato per individuare una diversa realtà statale nei processi di integrazione attraverso la figura del capo politico [38] o, come vedremo, anche mediante la partecipazione alle molteplici e sempre più diffuse procedure in cui consiste la dimensione del «politico».

Smend tenta una soluzione alla crisi della dottrina dello Stato superando il concetto giuridico di Stato personificato dal sovrano, così come era stato teorizzato dal metodo giuridico, e formula una concezione dello Stato che è espressione di una nuova realtà politica la quale si manifesta in forme plebiscitarie, nelle procedure parlamentari o nella molteplicità degli interventi amministrativi.

La seconda modalità di integrazione è quella che Smend definisce f u n z i o n a l e. Essa consiste in modalità procedurali, ossia in processi (*Vorgänge*) di formazione della volontà, nel senso di una sempre «nuova costituzione della comunità statale» (*Staatsgemeinschaft*) come unione di volontà (*Willensverband*)» [39]. Il tipo di decisione che ne scaturisce è legittimato non in quanto assunto secondo

[38] Smend fa spesso riferimento alle forme politiche del regime fascista: *ibidem*, pp. 157, 175 e *passim*. Nella letteratura su Smend non mancano gli autori che sottolineano le analogie tra la concezione fascista dello Stato e la dottrina dell'integrazione di R. Smend: si veda, ad es., W. NIEDERER, *Der Ständestaat des Faschismus. Der italienische Berufsverein und seine rechtliche Struktur*, München-Leipzig 1932, pp. 23 ss. Ma si tratta sempre di riconoscere che l'integrazione è, secondo Smend, il presupposto di *ogni* forma dello Stato (e dunque anche della democrazia parlamentare), come ammette anche J. MEINCK, *Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus*, Frankfurt-New York 1978, p. 62.

[39] *Ibidem*, p. 150.

quelle procedure, ma perché queste sono riconosciute dalla comunità all'interno della quale si svolgono.

Egli individua con questo tipo di integrazione funzionale la creazione di associazioni, le manifestazioni collettive, i procedimenti elettorali, la logica parlamentare.

La portata innovativa di questa interpretazione della vita dello Stato è testimoniata anche dal ricorso alla categoria di integrazione funzionale da parte di E. Fraenkel nella elaborazione della sua «democrazia collettiva», in un saggio apparso solo un anno dopo la pubblicazione di *Verfassung und Verfassungsrecht.*

Scrive Fraenkel che la realizzazione della costituzione di Weimar è stata disattesa in quanto il parlamento non è più in grado di esercitare una efficace critica nei confronti del governo. Il parlamento ha infatti perduto la capacità di rappresentare il popolo, essendo venuto meno il dualismo parlamento-governo, giacché i membri dell'uno lo sono anche dell'altro.

Tuttavia la democrazia politica è stata integrata da una democrazia collettiva, ossia dal progressivo inserimento di rappresentanti delle molteplici associazioni nelle strutture amministrative e giudiziarie dello Stato. Per chiarire questo processo Fraenkel ricorre alla categoria di integrazione così come è stata definita da R. Smend. Scrive Fraenkel: «Praeter legem si realizza sempre più il completamento della democrazia individuale con quella collettiva . . . le organizzazioni liberamente si cristallizzano in misura sempre maggiore in fattori di integrazione della vita statale, sono mezzi funzionali di integrazione dello Stato, nella accezione che a queste espressioni dà Rudolf Smend» [40].

Il processo è realmente decisivo nella realtà dello Stato contemporaneo: esso è infatti il risultato della progressiva realizzazione dello Stato sociale. Alla sua graduale affermazione ha corrisposto un sempre più ampio inserimento

[40] E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva* (1929), in *Laboratorio Weimar*, Roma 1982, p. 98.

dei rappresentanti delle organizzazioni della società civile nelle strutture amministrative e giudiziarie dello Stato, quasi «a simbolo di una costante ricostruzione e neoriproduzione dell'intero organismo statale». Si tratta principalmente della amministrazione e della magistratura del lavoro nelle quali l'amministratore e il giudice non togato sono assunti non come singoli, ma come rappresentanti delle organizzazioni di appartenenza.

Appare evidente attraverso le applicazioni che ne fa E. Fraenkel, come la categoria di integrazione consente di mettere in luce la realtà più innovativa dello Stato contemporaneo: essa permette di comprendere come all'interno delle strutture amministrative dello Stato sociale si diano modalità procedurali attraverso le quali si confrontano le rappresentanze di interessi organizzati e come ciò possa favorire una autentica partecipazione alla formazione della volontà statale. I processi della integrazione consentono dunque una rifondazione della realtà dello Stato: come scrive Fraenkel, essi sono «parte integrante della costituzione dello Stato» [41].

La crisi dello Stato può essere dunque risolta, nella prospettiva della sua «democrazia collettiva», attraverso la partecipazione di organismi collettivi all'esercizio di funzioni amministrative e giudiziarie: in ciò risiede la possibilità di superare la perdita di capacità rappresentativa del parlamento.

Nell'analisi di Smend, al contrario, anche il parlamentarismo rappresenta una forma di integrazione funzionale.

5. *Il problema del parlamentarismo: Schmitt, Thoma, Smend*

In scritti precedenti a *Verfassung und Verfassungsrecht* Smend aveva delineato un preciso rapporto tra Stato e

[41] *Ibidem*, p. 102.

parlamento. Lo Stato, scriveva in un saggio del 1912, determina in che modo esso deve garantire alla società, attraverso il parlamento, l'influsso sulla sua propria vita [42]. La composizione della rappresentanza nazionale in parlamento dipende da una legge elettorale, che è oggetto di una precisa scelta politica, con la quale lo Stato decide a quali gruppi sociali appoggiarsi (di qui scaturisce la diversità dei differenti sistemi elettorali).

Smend attribuisce all'opera di L. von Stein questa concezione del rapporto Stato-società [43]. Il diritto elettorale rappresenta l'ambito nel quale di preferenza la società esercita la sua influenza sullo Stato.

Al contrario in *Verfassung und Verfassungsrecht*, dopo la crisi istituzionale seguita alla guerra mondiale, il parlamentarismo – ossia l'insieme delle procedure elettorali, dei dibattiti parlamentari, della formazione del governo – esprime un processo di integrazione funzionale che appartiene alla vita dello Stato mediante il quale gruppi politici contrapposti vengono integrati in una realtà unitaria. Smend si sofferma in particolare sul principio di maggioranza nel quale egli intravvede la formalizzazione della lotta politica e la possibilità di vincere la minoranza, ma solo sulla base di valori generali e di regole universalmente condivise. Su questo fondamento la comunità politica vive di una vita unitaria e può pervenire alla soluzione dei conflitti (significativamente Smend paragona la lotta politica parlamentare ad un gioco capace di produrre effetti catartici). W. Schluchter osserva che in Smend l'integrazione significa sempre la mediazione del

[42] R. SMEND, *Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts* (1912), in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., p. 35.

[43] Smend scrive che una teoria della rappresentanza nazionale (*Volksvertretung*) e del diritto elettorale può fondarsi solo su di una moderna storia costituzionale. La scienza dello Stato tedesca è debitrice di questa concezione a L. von Stein. Al riguardo Smend ricorda le pagine che Stein dedica alla rappresentanza e al diritto elettorale in *Der Socialismus und Kommunismus des heutigen Frankreichs* (1848), München 1971, pp. 85 ss.

differente nello Stato e il legame dell'eterogeneo in una unità [44].

All'interno della riflessione sulla categoria di integrazione funzionale, Smend riprende la disputa sul parlamentarismo che aveva opposto R. Thoma a C. Schmitt e formula una sua precisa posizione.

R. Thoma accusa Schmitt di aver condotto una analisi sul parlamentarismo solo in termini ideologici e di non aver indagato le forme pratiche della politica [45]. Per questo Schmitt intravvede, secondo Thoma, nella nascita di una nuova ideologia come quella espressa dal mito politico, derivato da G. Sorel e applicato dal fascismo (per il quale egli mostra, a giudizio di Thoma, un atteggiamento esplicitamente favorevole) l'inizio della crisi del parlamentarismo.

Si tratta invece, avverte Thoma, di prendere in considerazione le tesi espresse da autori come M. Weber, F. Naumann e H. Preuß per comprendere che esiste la possibilità di rivitalizzare il parlamento attraverso profonde modificazioni costituzionali. Le considerazioni espresse da Weber in *Parlamento e governo* individuavano proprio nei limiti costituzionali del Kaiserreich la mancanza in Germania di una classe politica che avesse il senso dello Stato. Occorreva, come è noto, rimuovere, secondo Weber, l'art. 9 della costituzione che impediva che un membro del governo potesse anche sedere nel Reichstag [46]. Solo per questa via si poteva fare del parlamento la sede di formazione di autentici capi politici.

Thoma ritiene, in altri termini, che una istituzione politica possa essere rivitalizzata attraverso adeguati mutamenti nelle finalità e nella struttura e che non ci si debba limitare alla analisi della ideologia di cui essa è portatrice.

[44] W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, Köln-Berlin 1968, p. 69.

[45] R. THOMA, *Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 53, 1924/25, p. 212.

[46] M. WEBER, *Parlamento e governo* (1918), Bari 1982, p. 136.

Schmitt risponde a Thoma che è illusorio ritenere che il parlamento possa formare dei capi politici, dacché esso è diventato la sede di gestione degli affari pubblici da parte dei partiti. Essi sono infatti espressione di gruppi di potere sociali o economici e la loro azione consiste unicamente nel valutare gli interessi reciproci e nel concludere su queste basi compromessi e coalizioni [47].

Occorre tuttavia riconoscere che l'analisi condotta da Schmitt nel saggio del 1923 *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* viene in realtà svolta essenzialmente in termini di critica dell'ideologia.

Schmitt individua infatti la *ratio* del parlamento in un processo dinamico-dialettico, ossia «in un processo di contrasto tra posizioni opposte e tra opinioni, dal quale scaturisce come risultato il giusto volere dello Stato» [48]. Egli sottolinea giustamente che nel parlamento il problema non è tanto quello dell'opinione pubblica (*Öffentlichkeit*), quanto piuttosto quello della pubblicità (*Publizität*) dell'opinione. Essa è una eredità dell'illuminismo che si era opposto agli arcana del potere. Schmitt ricorda soprattutto le tesi di Condorcet e la identificazione da lui posta tra legge e verità.

Il sistema del parlamentarismo si fonda pertanto sulla divisione dei poteri, sulla pubblicità e sul dibattito delle opinioni, nonché sulla libertà di stampa. Esso rappresenta la concezione politica tipica del liberalismo alla quale si oppone la teoria della democrazia, fondata sulla identità tra governanti e governati e quindi sulla negazione della separazione dei poteri. Ma dove non è possibile una distinzione tra chi comanda e colui cui viene comandato, non è possibile neppure una limitazione del potere dello Stato. Così, secondo Schmitt, la dittatura non è l'opposto della democrazia, bensì della divisione dei poteri. Quasi

[47] C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), München-Leipzig 1926², p. 11.

[48] *Ibidem*, p. 43.

provocatoriamente egli afferma pertanto che bolscevismo e fascismo sono antiliberali, non antidemocratici.

Schmitt riconosce in conclusione una crisi del parlamentarismo dovuta all'opposizione da parte di una democrazia radicale la quale rivendica l'omogeneità tra chi comanda e chi ubbidisce e respinge il parlamento come istituzione obsoleta.

Smend condivide l'analisi dell'ideologia che Schmitt svolge sulla realtà parlamentare, ma nega che essa sia ormai superata e ne riafferma piuttosto la vitalità. Non ricorre certamente agli argomenti di Thoma, nei quali intravvede solo una soluzione tecnica desunta dalle tesi di Weber e non ritiene pertanto che il parlamento possa essere sostituito da alternative come quelle rappresentate dal governo di gabinetto, dai dibattiti dei tecnici ecc.

Il problema sta altrove. Infatti il principio di maggioranza, che è al centro delle procedure parlamentari, rappresenta una forza capace di integrazione per l'intero popolo. Nello Stato parlamentare, commenta Smend, la lotta sempre rinnovata per il potere (*Herrschaft*) consente che anche la minoranza, rassicurata sulla possibilità di una futura partecipazione al comando politico, sia trascinata attivamente nella vita dello Stato [49]. Per questo la decisione che scaturisce da questa procedura è un atto capace di integrazione della comunità a prescindere dalla appartenenza alla maggioranza o alla minoranza.

Ma occorre che essa si fondi su di una comunità di valori che non sia messa in discussione dalla lotta politica. L'integrazione funzionale rinvia ad un livello più profondo, alla realtà dei valori che consentono l'esistenza di una comunità politica: solo su questa base la decisione è integrazione. In breve: mentre Schmitt teorizza la fine del parlamentarismo o, meglio, della pubblicità a causa della logica dei partiti e ne ipotizza il superamento con nuove forme politiche, Smend lo ritiene invece una istituzione an-

[49] R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., p. 156.

cora vitale, ma solo se si basa su valori materiali condivisi. Egli lo ribadisce con precisione: «Non vi è nessuna integrazione formale senza una comunità materiale di valori, come non vi è integrazione attraverso valori materiali senza una forma funzionale» [50].

6. *Stato e rappresentazione: Smend e Schmitt*

L'integrazione funzionale è dunque solo la forma, ossia l'insieme delle procedure mediante le quali si attua la vita dello Stato che si rivela infine come attuazione di valori. Ancora una volta Smend ribadisce che la natura dello Stato non deve essere compresa attraverso relazioni a finalità estrinseche, ma solo come realizzazione di valori (*Wertverwirklichung*). Lo svolgimento conseguente della dottrina della integrazione conduce alla negazione della categoria di «Stato-persona» e alla concezione dello Stato come comunità fondata sulla esistenza di valori che si manifestano all'interno di precisi rapporti storici. Questi valori fondano ciò che Smend definisce integrazione materiale.

Lo Stato può dunque reggersi solo su precisi contenuti materiali, ossia su un sistema di valori – espresso dai diritti fondamentali, dalla forma dello Stato ecc. – che è racchiuso nella costituzione e si realizza attraverso i processi dell'integrazione e sul vissuto di questi contenuti da parte dei soggetti appartenenti alla comunità dello Stato: in ciò consiste il processo della integrazione materiale.

Si intravvede qui il superamento della ipostatizzazione della idea di Stato così come era stata formulata dal metodo formale giuridico e si può cogliere tutta la portata innovativa della proposta interpretativa di Rudolf Smend.

Egli scompone lo Stato in una serie di processi, espressi dalla integrazione personale e dalle procedure dell'inte-

[50] *Ibidem*, p. 159.

grazione funzionale, i quali trovano il loro fondamento in un sistema di valori che muta storicamente e che viene fissato nella costituzione dello Stato.

L'approccio fenomenologico seguito da Smend produce poi una reduplicazione nell'analisi dell'oggetto cui si applica: così l'indagine sugli organi, sulle funzioni e sui contenuti materiali, cui corrispondono i diversi tipi di integrazione, si estende anche alle forme del «vissuto» con il quale viene percepito il processo che produce integrazione: non si può prescindere dalla moderna psicologia di massa, scrive Smend, che introduce frequenti riferimenti ai lavori di Freud.

La definizione e lo sviluppo della dottrina dell'integrazione impongono alcune considerazioni di ordine generale. L'aver posto a conclusione e fondamento della sua dottrina il tipo della integrazione materiale sta a significare, per Smend, che l'uomo de-sostanzializzato e funzionalizzato non è privo di valori, ma è solo un uomo che ha perduto i valori tradizionali[51]. Egli può trovare i nuovi valori nei contenuti culturali racchiusi nelle costituzioni che rappresentano, in uno Stato integrato materialmente, il fondamento di legittimità di un dato ordinamento giuridico.

Questa affermazione racchiude due implicazioni: da una parte, la precisazione del rapporto Stato-diritto in base alla quale i valori della comunità politica sono la condizione di validità del sistema delle norme; dall'altra, l'approfondimento della riflessione sul rapporto che intercorre tra l'individuo e i valori che fondano la vita dello Stato. È il vissuto di questi valori, afferma Smend, che integra il soggetto nello Stato, che gli consente di «vivere lo Stato».

Tuttavia per essere vissuta e per produrre un effetto di integrazione, la vita dello Stato deve essere «concentrata

[51] Storicamente si è invece verificato, secondo Smend, il passaggio dalla integrazione materiale a quella funzionale, cui ha corrisposto la trasformazione da «Gemeinschaft» a «Gesellschaft». Il riferimento è ovviamente alla classica opera di F. TOENNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Leipzig 1887.

in un momento, attraverso il quale [possa] venir rappresentata. Ciò avviene – scrive Smend – mediante la rappresentazione del valore nel simbolo politico delle bandiere, armi, capi di Stato (soprattutto monarchi), cerimonie politiche e feste nazionali» [52]. In breve: i valori vengono rappresentati in simboli politici e come tali sono vissuti dai singoli individui producendo l'effetto di integrazione (materiale) nella vita dello Stato.

È importante soffermarsi su questa interpretazione della rappresentazione espressa da Smend, giacché essa ci consente di chiarire ulteriormente la sua concezione dinamica dello Stato, soprattutto mettendola a confronto con la dottrina formulata da C. Schmitt.

Abbiamo chiarito come per Smend si dia solo una rappresentazione di valori in simboli. Altrove Smend precisa questa sua posizione individuando i diversi livelli della rappresentazione (*Abstufung der Repräsentation*) nelle differenti forme di Stato: nella democrazia, dal parlamento ai magistrati; nella monarchia, dal sovrano verso il basso attraverso la gerarchia dei funzionari. In questo caso la rappresentazione viene rafforzata dai livelli inferiori quando, ad es. il magistrato pronuncia una sentenza in nome del diritto del re. Si produce infatti un effetto legittimante delle funzioni esercitate, in quanto la legittimazione è, per Smend, sempre una fondazione in valori materiali [53] rappresentati simbolicamente.

Appare ormai delineata con chiarezza la dottrina dello Stato di Smend: sulla base di valori posti storicamente dalle costituzioni, la natura dello Stato si manifesta come processo attraverso il quale esso può prodursi, mediante il confronto tra posizioni contrapposte, come unità politica, fondata su valori espressi simbolicamente e vissuti dai soggetti della comunità politica.

Profondamente diversa appare la posizione di C. Schmitt.

[52] R. SMEND, *Verfassung*, cit., pp. 162-163.

[53] *Ibidem*, p. 204.

Se Smend infatti individua un sistema di valori in base ai quali può prodursi l'unità politica dello Stato e che, rappresentati come simboli, sono vissuti dai singoli individui, al contrario in Schmitt ciò che viene rappresentanto è l'unità politica, ossia lo Stato che Schmitt definisce il «determinato *status* di un popolo, e precisamente lo *status* dell'unità politica» [54]. In realtà questa unità è solo una finzione, ma una finzione che viene resa reale attraverso la rappresentazione. Detto diversamente: questa unità non esiste realmente, ma può solo essere rappresentata: esiste in quanto rappresentata. Scrive infatti Schmitt: rappresentare significa rendere visibile e illustrare un essere invisibile (l'unità politica) per mezzo di un essere che è presente pubblicamente.

Nell'art. 21 della costituzione di Weimar si poteva leggere: «i deputati rappresentano tutto il popolo». In realtà il parlamento era diventato la sede nella quale i partiti contrapponevano gli interessi che dividevano il popolo e pertanto non ne poteva quindi in alcun modo rappresentare l'unità. Schmitt esprime pertanto la propria irriducibile opposizione al parlamentarismo, che diviene ai suoi occhi il vero nemico da sopprimere, riconoscendo nel presidente del Reich il vero rappresentante dell'unità politica (che Kelsen considera peraltro solo una «finzione giusnaturalistica») [55].

In sostanza mentre in Schmitt viene rappresentata l'unità politica, in Smend vengono rappresentati i valori che fondano, attraverso i processi dell'integrazione, la possibilità del prodursi dinamico dell'unità politica.

Alla base delle posizioni di Smend e di Schmitt vi sono due diverse concezioni dello Stato dalle quali discendono due interpretazioni della decisione tra loro divergenti. Per Schmitt vi è una costituzione in senso assoluto, che è lo Stato, cioè il popolo nella condizione

[54] C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), cit., p. 271.

[55] H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, p. 288.

della sua unità politica, il quale prende la decisione che deve fondare la specie e la forma dell'unità politica, ossia ciò che Schmitt esprime con il concetto positivo [56] di costituzione. Smend (che in *Verfassung und Verfassungsrecht* [1928] scrive facendo naturalmente riferimento ad opere precedenti alla *Verfassungslehre* [1928] di Schmitt, soprattutto alla *Teologia politica*) riconosce con precisione questo aspetto della riflessione di Schmitt: per un modo di pensare come quello di Schmitt «che individua la natura dello Stato nel fatto che in esso si trova un'ultima formale forza di decisione (*Dezisionsgewalt*), questa forza appare nella dittatura nella sua forma più pura» [57]. Ma proprio questa concezione fa di Schmitt il continuatore, secondo Smend, di una antica concezione dello Stato (*antikes Staatsbild*) propria ad es. della monarchia prima del periodo dello Stato nazionale costituzionale, anche se esposta in forma brillante (*in glänzender Form*).

Assai lontana da quella di Schmitt appare la concezione dello Stato di Smend: si tratta infatti di una visione dinamica, come riconosce lo stesso Schmitt che scrive riferendosi all'importante lavoro di Smend, *Die politische Gewalt*. «Lo Stato è qualcosa che diviene . . . Da interessi, opinioni e premure diverse e contrapposte l'unità politica deve formarsi quotidianamente, deve – secondo l'espressione di Rudolf Smend – "integrarsi"» [58].

Conseguentemente diversa risulta anche l'interpretazione

[56] C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 38 ss.

[57] R. SMEND, *Verfassung*, cit., p. 212. Smend ebbe modo di ribadire il suo profondo contrasto («tiefen Gegensatz») con C. Schmitt scrivendo nel febbraio del 1972: «ci saranno dei lettori abbastanza ingenui che non hanno nessuna concezione dell'opposizione assolutamente contraddittoria che esiste tra di noi: io con il mio . . . personalismo, il cui punto di partenza è l'uomo con le sue relazioni essenziali, e C. Schmitt con il suo decisionismo che concepisce lo Stato come potere (*Herrschaft*), la sua costituzione come un sistema di ponti di comando (*Kommandobrücken*), la sua propria natura nel potere della dittatura, della potenza (*Macht*) senza limiti». Questo scritto di Smend è riprodotto in F. NUSCHELER-W. STEFFANI, *Pluralismus – Konzeptionen und Kontroversen*, München 1972, pp. 26 ss. Il brano è riportato anche in J. MEINCK, *Weimarer Staatslehre*, cit., p. 52.

[58] C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 18.

della decisione. All'interno della concezione dinamica dello Stato di R. Smend, la decisione sovrana diviene infatti un processo di «autoformazione politica» (*politische Selbstgestaltung*).

Se dunque per Schmitt, che concepisce lo Stato come *status*, ossia come la concreta realtà esistente di una data unità politica, la decisione è il momento che definisce la specie e dà forma a quello status, oppure può essere l'intervento nella situazione di eccezione da parte di chi rappresenta quell'unità, al contrario per Smend, la decisione è, all'interno della realtà dinamica dello Stato, il risultato del processo mediante il quale i singoli e i gruppi si integrano nella comunità politica.

7. *La costituzione e i valori*

Le considerazioni precedenti impongono il passaggio all'analisi della costituzione. La scomposizione dello Stato nei processi messi in luce dalla dottrina della integrazione (che H. Ehmke interpreta come una teoria dinamica del patto sociale [59]), ne hanno evidenziato infatti la necessaria fondazione in contenuti materiali (*Sachgehalte*) che trovano infine nella costituzione la loro piena formulazione.

Ancora una volta Smend critica quelle concezioni che egli definisce positivistiche, le quali individuano nella costituzione il fondamento per una interpretazione dello Stato come personalità giuridica (*Rechtspersönlichkeit*). Egli dichiara piuttosto la sua affinità per autori come Redslob che ha posto il problema della costituzione nella individuazione della «legge profonda . . . che dà impulso all'organismo e regola il suo lavoro armonico» [60], o come E.

[59] H. EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin 1953, p. 61.

[60] R. REDSLOB, *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form*, Tübingen 1918, p. 1. Tuttavia Smend prende anche le distanze da Redslob in quanto, malgrado le intenzioni, il suo approccio si risolve nell'indagine meccanicistica dell'equilibrio tra le funzioni dello Stato.

Kaufmann che riconosce il compito del diritto costituzionale nella ricerca delle forze sociologiche – soprattutto la prassi parlamentare e la logica dei partiti – in cui consiste la vita del diritto costituzionale [61]. Smend si accosta così ad una concezione della costituzione in senso materiale, anche se prende le distanze da alcune interpretazioni di questa categoria come, ad es., quella espressa da Schmitt in occasione del primo incontro dei giuspubblicisti tedeschi tenutosi a Jena il 14 e 15 aprile 1924.

L'intervento di Schmitt riguardava i poteri dittatoriali riconosciuti dalla costituzione al presidente del Reich, il cui scopo egli faceva consistere nella conservazione della costituzione, verso la quale erano dirette tutte le misure consentite dall'art. 48.

A queste affermazioni Schmitt faceva seguire la definizione di costituzione: «essa determina l'organizzazione fondamentale di uno Stato e decide che cosa sia l'ordine (*Ordnung*)» [62]. Ogni costituzione è dunque essenzialmente organizzazione. «Su questa base si realizza l'unità dello Stato come unità di un ordinamento. Il suo (della costituzione) compito e il suo valore consistono in ciò: decidere fondamentalmente... che cosa sia interesse pubblico, sicurezza pubblica e ordine» [63]. Smend respinge esplicitamente questa equazione che intende la costituzione come l'organizzazione che fonda un ordine.

A. Hensel in una delle prime recensioni alle due opere di Smend e di Schmitt apparse nel 1928, scrive che in

[61] E. KAUFMANN, *Die Regierungsbildung in Preußen und im Reich und die Rolle der Parteien*, in *Gesammelte Schriften*, I, Göttingen 1960. Scrive Kaufmann: «Das vertiefte Studium des "lebenden" Verfassungsrechts in demokratischen Staaten, das bereits vor dem Kriege in England, Amerika und in Deutschland von der statischjuristischen Betrachtung auf die Erforschung der wirklich maßgebenden soziologischen Kräfte geführt hatte, ...» (p. 376).

[62] C. SCHMITT, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung*, Berlin-Leipzig 1924 (Veröffentlichungen der Vereiningung der Deutschen Staatsrechtslehrer), p. 91.

[63] *Ibidem*, p. 92.

Smend non vi è distinzione tra costituzione formale e costituzione materiale [64].

In realtà questa seconda nozione è sicuramente presente nell'opera di Smend – ed è certamente uno dei suoi risultati teorici di maggior rilievo – anche se il suo ambito di riferimento appare assai complesso. Infatti Smend dichiara, da una parte, che per la comprensione della costituzione occorre fare riferimento anche alle «forze sociologiche» (le quali contribuiscono al mutamento della costituzione, formano il diritto e appartengono alla dottrina delle fonti del diritto costituzionale); ma egli afferma altresì che la costituzione esprime la legge della integrazione dello Stato, ossia, come chiarisce in più di una occasione, il sistema dei valori dello Stato. Essi possono essere inferiti dal preambolo della costituzione, dai diritti fondamentali, dalla forma dello Stato, dal territorio, dalla bandiera. Occorre procedere con ordine per chiarire questa problematica e comprendere la relazione che Smend pone tra forze materiali e ordine dei valori.

Smend fornisce la seguente definizione di costituzione: essa è «l'ordinamento giuridico dello Stato, più precisamente della vita in cui lo Stato ha la sua realtà, ossia del suo processo di integrazione. Il senso di questo processo è la sempre nuova costituzione della totalità della vita statale, e la costituzione è la normazione legislativa dei singoli aspetti di questo processo» [65].

Già in uno scritto del 1919 dedicato alla introduzione del sistema proporzionale, Smend aveva enunciato il programma di una teoria della costituzione fondata sociologicamente «come necessario fondamento di una nuova dottrina del diritto pubblico per la nuova Germania» [66]. La

[64] A. HENSEL, *Staatslehre und Verfassung*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», LXI, 1929, p. 177.

[65] R. SMEND, *Verfassung*, cit., p. 189.

[66] R. SMEND, *Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl* (1919), in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., p. 67.

costituzione dunque non è solo la norma, ossia la regolamentazione giuridica dello Stato, bensì anche realtà che integra (*integrierende Wirklichkeit*).

Ancor prima nell'importante scritto del 1916 *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* Smend aveva messo in luce che accanto al diritto costituzionale codificato vi erano anche norme costituzionali non scritte che, come ha osservato G. Leibholz, derivano la loro forza normativa dal processo della integrazione.

Così Smend rileva, ad es., l'esistenza di una norma non scritta, ossia quella della fedeltà degli stati federati al Bund (*Bundestreue*), più precisamente al patto (*Vertragstreue*) dal quale discendono diritti e doveri costituzionali [67].

Un altro esempio significativo del rapporto tra norma costituzionale scritta e realtà costituzionalmente rilevante è il fatto che, sebbene la costituzione del 1871 non prescrivesse nessuna specifica forma costituzionale per i singoli stati membri, tuttavia il legame tra Kaisertum e monarchia prussiana implicava che quest'ultima era per il Reich una presupposizione conforme alla costituzione [68].

Appare così evidente il rapporto che Smend pone tra diritto costituzionale e dottrina della integrazione. Il senso della norma costituzionale non è comprensibile se non in relazione alla realtà politico-sociale colta nello svolgimento del processo dell'integrazione.

Secondo Leibholz si tratta per Smend di interpretare i processi di integrazione allo scopo di cogliere il loro specifico contenuto di senso e di sviluppare una teoria della costituzione materiale. L'interprete della costituzione può così adempiere la sua funzione solo inserendo valutazioni

[67] R. SMEND, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, (1916), in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., p. 51.

[68] *Ibidem*, p. 47. La fonte principale cui Smend fa riferimento è A. HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, I: *Die Grundlagen des deutschen Staats und die Reichsgewalt*, Leipzig 1892, p. 351.

fondate sulla realtà di precise forze sociali e di valori materiali. Si comprende altresì il modo di operare del metodo «geisteswissenschaftlich» che si fonda essenzialmente sul riferimento a valori e sulla loro relazione [69].

La dottrina di Smend formula una definizione di costituzione articolata su alcuni livelli – le forze sociologiche, il sistema dei valori, l'ordinamento giuridico. Si tratta ora di metterne in luce le connessioni e di valutare se Smend giunge ad un risultato sufficientemente sistematico.

Egli scompone la costituzione negli o r g a n i, che rappresentano la realtà dello Stato, nelle f u n z i o n i in cui si svolge la vita dello Stato come processo e nei c o n t e n u t i m a t e r i a l i che fondano la comunità politica. Attraverso l'analisi delle funzioni Smend mira a realizzare una concezione sistematica, considerando il sistema della divisione dei poteri come la normazione giuridico-positiva del processo della integrazione, sulla base del rapporto che egli individua tra funzioni e valori.

In questo tentativo egli precisa le difficoltà che dovranno essere superate: in primo luogo, l'esistenza del diritto inteso come corpo estraneo (*Fremdkörper*) nel sistema dei poteri; in secondo luogo, l'assenza del momento conclusivo (*das abschließende Moment*), ossia del governo [70]. Attraverso il superamento di queste difficoltà, Smend perviene ad una riformulazione della tradizionale dottrina della divisione dei poteri e con ciò al compimento del suo sistema.

Il diritto è un sistema chiuso, ma inseparabilmente legato alla realtà dello Stato, in quanto, come abbiamo osservato, il processo della integrazione trova nel diritto il mo-

[69] G. Leibholz osserva che questo metodo è entrato nella prassi del Bundesgerichtshof il quale ha sempre sottolineato l'esistenza di «Wertentscheidungen» che si riflettono in tutti gli ambiti del diritto. Cfr. G. LEIBHOLZ, *R. Smend*, cit., p. 36.

[70] Al riguardo Smend fa un esplicito riferimento a G.W.F. HEGEL, *Rechtsphilosophie* e principalmente ai paragrafi 272, 273, 286; cfr. R. SMEND, *Verfassung*, cit., pp. 206-207. Il processo della integrazione rivela qui tutta la sua affinità con la *Dialektik des Geistes*.

mento della sua positivizzazione (Kelsen chiede polemicamente che senso abbia distinguere tra dottrina normativa dello Stato e teoria della integrazione se il diritto è l'espressione della vita dello Stato)[71].

Smend osserva che pur essendo due dimensioni autonome (due «geschlossene Kreise») in realtà Stato e diritto sono cresciuti l'uno nell'altro attraverso la legislazione la quale assume due ruoli diversi nel sistema dello Stato e in quello del diritto: rispetto al primo essa è parte della divisione statale del potere (legislazione in senso formale) ed è determinata dal suo rapporto con l'esecutivo – in questo caso essa esprime il valore dell'integrazione; rispetto al secondo (legislazione in senso materiale) essa è caratterizzata dal suo rapporto con la giurisdizione (*Rechtssprechung*) ed è determinata attraverso il valore della giustizia (*Gerechtigkeitswert*). In tal modo Smend dichiara altresì di modificare la concezione di Stahl secondo la quale la legge è scopo per la giustizia e limite per l'amministrazione[72].

È il valore della integrazione dunque che consente a Smend di distinguere lo Stato dal diritto e di precisare il diverso orientamento delle funzioni statali rispetto a quelle che appartengono alla sfera del diritto nelle quali si esprime il valore della giustizia.

Ciò significa altresì che il diritto non appartiene ai processi della integrazione dello Stato. Questa posizione di Smend è stata fortemente criticata da H. Heller nella *Staatslehre* del 1934. Secondo Heller non vi è infatti un fattore di integrazione più indispensabile del diritto[73]. Non si dovrebbe infatti porre né lo Stato né il diritto come *prius*, ma li si deve piuttosto considerare secondo una

[71] H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, cit., p. 68.

[72] Cfr. F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, II: *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*. Zweite Abteilung: *Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts*, Tübingen-Leipzig 1878^5, p. 609.

[73] H. HELLER, *Staatslehre* (1934), in *Gesammelte Schriften*, III: *Staatslehre als politische Wissenschaft*, Leiden 1971, p. 300.

reciproca correlazione in base alla quale il potere dello Stato pone il diritto e il diritto fonda il potere. In realtà le conclusioni raggiunte da Smend sul rapporto Stato/diritto sono una diretta conseguenza della sua dottrina della integrazione. Riguardo al diritto costituzionale ad es., essa mira a cogliere, oltre le norme, il processo della sempre nuova formazione della unità e della volontà politica nella vita dello Stato [74], rispetto alla quale la costituzione viene concepita come la normazione di singoli aspetti del processo di integrazione. Indubbiamente Smend esprime queste posizioni per sottolineare fortemente la molteplicità delle forze materiali e dei processi che operano nella vita dello Stato separata dalla realtà del diritto, ma si può tuttavia rilevare, come osserva Ehmke, che anche se è certo che il diritto costituzionale si trasforma, è altresì vero che esso vuole formare ordinatamente la realtà che muta: esso cioè non mira ad un incessante cambiamento [75].

Attraverso la definizione del rapporto esistente tra Stato e diritto, Smend mette in luce gli elementi che gli consentono la piena formulazione della sua dottrina della costituzione. Essa intende realizzare il superamento della tradizionale divisione dei poteri attraverso l'individuazione di tre sistemi di funzioni in cui si esprime una precisa gerarchia di valori.

Così egli distingue: 1) il concorso (*Zusammenspiel*) politico di legislativo (*Legislative*) e di esecutivo (*Executive*) e,

[74] Gli esiti cui giunge Smend sono il risultato, come abbiamo più volte sottolineato, della sua teoria «dinamica» dello Stato. Significativa della distanza che lo separa da Smend è la distinzione che Schmitt traccia – se pur ce n'era bisogno – tra la sua concezione statica e le concezioni dinamiche di «Stato» con un esplicito riferimento a Smend: «Dieser Status bedeutet die grundlegende und umfassende Einheit einer substantiellen, seinsmäßigen, wesentlich öffentlichen Ordnung, er hat die innere Rationalität eines Seins und will deshalb in suo esse perseverare. Dadurch bleibt er immer im Zusammenhang mit einem (man sagt heute in falscher Antithese) statischen Ordnungsbegriff. Sobald sog. dynamische Vorstellungen irgendwelcher Art[1] herrschend werden, verliert der Begriff seinen Sinn». Alla nota 1 Schmitt rinvia a R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsreform*, Tubingen 1923. La citazione è tratta da C. SCHMITT, *Zu Friedrich Meinecke «Idee der Staatsräson»* (1926), in *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar* (1923-1939), Hamburg 1940, p. 52.

[75] Si veda H. EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, cit., p. 60.

all'interno di questo rapporto, il ruolo del governo e della dittatura come funzioni capaci di integrazione, immediatamente politiche; 2) la legislazione (*Gesetzgebung*) e l'amministrazione della giustizia (*Rechtspflege*) come momenti della vita del diritto; infine 3) l'amministrazione come mezzo per il benessere dei singoli [76].

Appare evidente come lo sviluppo della dottrina della integrazione conduca Smend a superare la concezione della divisione dei poteri per elaborare piuttosto quella dell'accordo dei poteri. Con ciò egli intende, come vedremo più approfonditamente in seguito, il concorso degli organi superiori dello Stato («Zusammenspiel der obersten Staatsorgane») dal quale dipende l'integrazione dello Stato. Smend ritiene di ritrovare anche un obbligo giuridico per questo accordo nell'art. 58, «Allgemeiner Teil» della «Gemeinsame Geschäftsordnung der Rechtsministerien» del 1924, dove si può leggere: «le divisioni e i ministeri devono lavorare insieme in modo reciproco. Il lavoro comune giova allo Stato, il lavoro in concorrenza lo danneggia».

L'analisi di Smend mette in luce, come abbiamo già osservato, il rapporto della costituzione con la realtà dell'integrazione; ma questo significa altresì che ciò che caratterizza l'oggetto della costituzione è il suo carattere politico.

Il «politico» non può essere concepito, scrive Smend, né come lo intende Triepel, che lo identifica con gli scopi dello Stato [77], né come lo definisce Schmitt che lo fa consistere nella distinzione amico/nemico nel noto saggio del 1927. Il «politico» è invece la struttura del potere, ossia l'organizzazione delle funzioni che si pongono su livelli diversi in corrispondenza con i valori che esprimono – l'integrazione, la giustizia, il benessere.

[76] R. SMEND, *Verfassung*, cit., p. 213.

[77] H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern* (1923), Darmstadt 1965 (Unveränderter reprografischer Nachdruck aus Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktor Jubiläum am 19. April 1923), p. 17. Scrive Triepel: «Dem politisch ist alles, was sich auf einen Staatszweck bezieht».

Ora, aggiunge Smend, possono verificarsi dei mutamenti di grado tra gli istituti e le norme costituzionali. Ciò può dipendere dalle forze extracostituzionali, soprattutto dalla vita dei partiti [78], oppure può verificarsi, ad es., una limitazione del parlamentarismo mediante la prassi delle ordinanze ministeriali. Si tratta, come scrive esplicitamente Smend, di un mutamento della costituzione in senso materiale [79].

Egli riconosce dunque, da una parte la storicità dei rapporti all'interno dei quali si realizzano i valori e dall'altra individua le forze che determinano e ridefiniscono in continuazione la struttura di quei rapporti. È il risultato conseguito da una dottrina dello Stato e della costituzione la cui fondazione si pone tra filosofia della cultura e sociologia.

Smend mette in luce, come abbiamo visto, attraverso i mutamenti della costituzione materiale, le trasformazioni dei rapporti tra gli organi costituzionali. Queste trasformazioni sono quelle che si verificano all'interno dell'organizzazione del potere (*Herrschaft*), che costituisce per Smend la forma più generale della integrazione funzionale [80]. Dopo la fine delle dinastie, ricorda Koellreutter, non è stato più possibile alcun tipo di integrazione personale e il potere si è risolto pertanto, come afferma Smend, in un processo di integrazione funzionale [81] attraverso la quale si produce la volontà dominante. Il potere è dunque l a r e l a z i o n e che sussiste tra le funzioni statali allo scopo di realizzare l'integrazione dello Stato.

[78] Il riferimento è ancora a H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin 1927. Scrive Triepel: «In der Sphäre der Gesetzgebung und Regierung, im Bereiche der staatlichen "Integration", auf den es uns letztlich doch allein ankommt, ist die Partei eine extrakonstitutionelle Erscheinung, ihre Beschlüße sind, vom Standpunkt des Rechts aus gesehen, unverbindliche und unmaßgebliche Äußerungen eines dem Staatsorganismus fremden sozialen Körpers», pp. 24-25.

[79] R. SMEND, *Verfassung*, cit., p. 242.

[80] *Ibidem*, p. 158.

[81] O. KOELLREUTTER, *Integrationslehre und Reichsreform*, in «Recht und Staat», 65, 1929, p. 16.

Legislativo ed esecutivo sono così elementi della relazione interna della Herrschaft che producono l'integrazione della vita statale. Ma il potere, avverte Smend, si fonda su valori materiali che gli danno legittimità. Esso è infatti lo sviluppo di questi valori e forma della vita della comunità.

Sono evidenti le implicazioni racchiuse in questa tesi di Smend. All'interno del rapporto esistente tra legislativo ed esecutivo (che è la forma politica del governo parlamentare), il momento della legislazione è solo, come abbiamo visto, una forma di integrazione funzionale e non può pertanto essere la realizzazione dei valori che fondano la comunità politica. Questo compito di integrazione materiale spetterà pertanto al governo.

Smend lo mette in luce con molta chiarezza dichiarando che nel sistema delle funzioni dello Stato manca una funzione con specifici compiti di integrazione. È per questo che si forma un organo dello Stato che serve esplicitamente a questo scopo, ossia il governo. Smend ricorda soprattutto, ponendolo come trasformazione nella costituzione materiale, il progressivo svuotamento del parlamentarismo ad opera della prassi delle ordinanze ministeriali [82].

Queste tesi di Smend sono state interpretate come l'affermazione del primato del governo sul parlamento. Così afferma infatti H. Mayer [83], mentre Binder ritiene che la dottrina dell'integrazione esprima la forza dittatoriale dell'esecutivo [84].

Anche Leibholz analizzando il «Reichsministergesetz» del 27 marzo 1930 riconosce al governo, utilizzando la dottri-

[82] Tra il febbraio del 1919 e il febbraio del 1924 il governo ebbe per due anni e cinque mesi pieni poteri per emanare leggi. Nei cinque anni furono emanate circa 450 ordinanze con forza di legge. Cfr. F. POETZSCH, *Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung*, in «Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart», XIII, 1925, p. 216.

[83] H. MAYER, *Die Krisis der deutschen Staatslehre*, cit., p. 93.

[84] J. BINDER, *Der autoritäte Staat*, in «Logos», XXII, 1933, p. 129.

na della integrazione di Smend, all'interno del processo di integrazione funzionale dello Stato, un'autonoma forza di decisione (*Dezisionsgewalt*) rispetto al parlamento nella definizione delle più alte finalità dello Stato [85]. Recentemente infine Meinck ha letto nella dottrina di Smend il fondamento di giustificazione della successiva dittatura delle ordinanze di necessità (*Notverordnungen*) di Brüning/Hindenburg [86].

In realtà non si tratta di dittatura, come riconobbe anche Kelsen, giacché la dittatura rappresenta solo, secondo Smend, uno strumento tecnico per superare le minacce all'ordinamento dello Stato [87]. Tuttavia è indubbio che l'analisi del potere finisce con l'aprire una profonda contraddizione nella dottrina della integrazione di R. Smend: tra la struttura delle relazioni politiche che si danno all'interno della Herrschaft caratterizzata da un crescente predominio della funzione integratrice del governo e la concezione della integrazione come processo che realizza l'accordo delle volontà e rende comuni ai membri della comunità politica i valori che la fondano, si apre infatti una distanza che può essere difficilmente colmata.

8. *I diritti fondamentali e la crisi di Weimar*

Ci soffermiamo infine sulla discussione intorno ai diritti fondamentali, la quale rappresenta il momento conclusivo della riflessione di Smend, giacché i diritti fondamentali esprimono il fondamento e le condizioni di possibilità della integrazione materiale.

In una relazione sulla libertà di opinione [88] presentata alla riunione dei giuspubblicisti tedeschi svoltasi a Monaco il

[85] G. LEIBHOLZ, *Reichsregierung und Reichsministergesetz*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 1930, Heft 21, p. 1350.

[86] J. MEINCK, *Weimarer Staatslehre*, cit., p. 56.

[87] H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, cit., p. 76.

[88] R. SMEND, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., pp. 89 ss.

24 marzo 1927, Smend mette in luce i caratteri innovativi della sua interpretazione della dottrina dei diritti fondamentali. Egli osserva infatti che il diritto di esprimere liberamente la propria opinione (sancito dall'art. 118 della costituzione) non è un diritto della singola persona, bensì rappresenta piuttosto un bene culturale della vita della comunità: per questa ragione non dovrebbe essere inserito nel capo I della parte seconda dedicato alle persone singole. Le stesse considerazioni vengono espresse da Smend a proposito dell'art. 142 (sulla libertà di insegnamento e di ricerca). Anche questo articolo si riferisce ad una istituzione la quale si è affermata storicamente all'interno della comunità politica: si tratta cioè di una grande istituzione pubblica la quale risale alla concezione idealistica formulata da Fichte e alla esperienza della università di Jena [89].

La determinazione storica dei diritti è fondamentale nell'analisi di R. Smend al punto che egli ammette, ad es., una limitazione dell'art. 118 ad opera della legge del parlamento [90], se essa può esprimere un valore materiale emerso storicamente superiore a quello racchiuso nel diritto fondamentale. Al riguardo Böckenförde osserva che nella concezione di Smend i diritti fondamentali esprimono dei valori che vengono ricondotti al sistema culturale valutativo ad essi sotteso. Ne consegue, ad es., che la concezione della libertà risulta relativizzata giacché essa è soggetta, da una parte, alla coscienza valutativa del suo tempo e, dall'altra, alle esigenze della comunità statale dei valori [91].

L'approccio di Smend tende dunque a chiarire il *significa-*

[89] *Ibidem*, p. 104.

[90] Diversa la posizione di Schmitt il quale ritiene che i diritti fondamentali siano diritti assoluti così che l'intervento legislativo può essere solo un'eccezione. Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 221. F. Neumann osserva che se fossero valide le tesi di Schmitt la costituzione potrebbe essere modificata solo attraverso la rivoluzione: F. NEUMANN, *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar (1930)*, in *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna 1983, p. 125.

[91] E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a.M. 1976, p. 234.

to dei diritti fondamentali senza limitarsi ad un metodo giuridico-positivo. Ciò consente ancora una volta di mettere in luce l'insufficienza della scienza giuridica e segnatamente del diritto costituzionale: esso deve infatti essere integrato, secondo Smend, da una prospettiva sociologico-comprendente. In altri termini: se i diritti esprimono dei valori, la loro interpretazione è affidata alle scienze dello spirito.

Il significato che può così essere messo in evidenza consente di avvertire che i diritti fondamentali non sono più, nella nuova costituzione, delle limitazioni del potere dello Stato, bensì elementi di costruzione dello Stato e del potere che in esso si dispiega [92]. Scrive infatti Smend che fintantoché la monarchia simbolizzava e rappresentava il contenuto storico dello Stato e dava all'ordinamento giuridico la necessaria legittimità, i diritti fondamentali erano solo i lati negativi che delimitavano lo Stato; con la fine della monarchia essi ne sono diventati il fondamento di legittimità.

Appare qui evidente il superamento della concezione dello Stato di diritto, giacché i diritti fondamentali non esprimono più una sfera di libertà preesistente rispetto al potere dello Stato, bensì la forma di partecipazione alla vita dello Stato allo scopo di integrarlo in una unità politica.

Anche F. Neumann concorda con questa interpretazione di Smend osservando che si deve certamente affermare che i diritti fondamentali sono una eredità del pensiero liberale, ma che a Weimar essi non sono più modellati sui diritti pre-statali di libertà (questa concezione è invece ancora fortemente sottolineata da C. Schmitt).

In un sistema democratico essi non hanno il compito di garantire le minoranze, bensì quello di integrare la società nello Stato. Essi esprimono, come dichiarano concordemente Smend e Neumann [93], ciò che ebbe ad affermare

[92] R. SMEND, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, cit., p. 93.

[93] F. NEUMANN, *Il significato sociale dei diritti fondamentali*, cit., p. 157.

Neumann all'Assemblea costituente: «Insieme con la monarchia, allo Stato quale esso era finora è venuto meno, diciamolo pure, buona parte del suo carattere trascendente, del suo carattere mistico . . . A me sembra che bisogna assolutamente tener presente l'esigenza di una cultura dello Stato, dello Stato democratico libertario della Germania, che si impone come necessità morale».

Smend ritrova il fondamento di questa cultura dello Stato proprio nei diritti fondamentali i quali «proclamano un determinato sistema di cultura, un sistema di valori che deve essere il senso della vita dello Stato posto da questa costituzione» [94]. In tal modo essi sono la condizione di possibilità dell'integrazione materiale dello Stato e, insieme, il fondamento di legittimazione dell'ordinamento giuridico positivo.

Come interpretare dunque i diritti fondamentali? In essi Smend ravvisa il fondamento costituzionale comune del popolo tedesco e il programma che deve essere attuato dallo Stato della costituzione di Weimar.

Vi è un legame preciso, secondo Smend tra la seconda parte dedicata ai diritti e ai doveri dei tedeschi e la prima parte dedicata alla organizzazione, ossia alla struttura e alle funzioni del Reich, nel senso che la costituzione non stabilisce una opposizione tra potere dello Stato e libertà del cittadino, bensì pone piuttosto le condizioni per la realizzazione di una cittadinanza (*Staatsbürgerlichkeit*) dei tedeschi all'interno della comunità nazionale. Il legame che Smend stabilisce tra la seconda parte della costituzione dedicata ai diritti fondamentali e la prima relativa alla struttura organizzativa del Reich è sicuramente illuminante, giacché gli consente di interpretare i diritti fondamentali come diritto costituzionale e di superare, come scrive Huber [95], la concezione liberale

[94] R. SMEND, *Verfassung*, cit., p. 265.

[95] E. R. HUBER, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», 62. Band (23. Band der Neuen Folge), Unveränderter Nachdruck der Ausgabe, Tübingen 1933, 1975, p. 94.

che li considerava invece formalmente diritto costituzionale, ma materialmente diritto amministrativo, in quanto li confinava nella sfera di delimitazione dei rapporti dello Stato con il cittadino.

In un discorso tenuto nel 1933, pochi giorni prima dell'avvento del nazismo al potere, Smend individua una precisa linea di interpretazione costituzionale che da Weimar risale fino al diritto di ceto (*Standesrecht*) e all'antica organizzazione cetuale dello Stato tedesco [96]. Nella letteratura critica su Smend è stata messa in evidenza la presenza di questo elemento cetuale (*ständisches Element*) come costitutivo della comunità integrata nello Stato ed espressivo del superamento della distinzione di Stato e società, per cui la teoria di Smend rappresenterebbe un esplicito rifiuto del pluralismo della società civile [97].

In realtà il richiamo alla tradizione (egli cita espressamente l'Allgemeines Landrecht del 1794) consente a Smend di leggere in modo nuovo e fecondo la problematica dei diritti fondamentali. Böckenförde rileva che la dottrina di Smend presenta, da una parte, delle affinità con la teoria istituzionalistica dei diritti fondamentali, secondo cui essi esprimono delle norme oggettive e non più, come nella tradizione liberale, delle pretese soggettive e, dall'altra, essa può anche essere assimilata alla teoria democratico-funzionale dei diritti fondamentali, rappresentando il processo democratico di formazione della volontà [98].

Smend tenta dunque di fondare, sulla base dei diritti fondamentali che traducono in forma positiva i valori di una nazione, l'«appartenenza» del cittadino allo Stato, mentre, all'inverso, proprio nella libertà dallo Stato egli intravvede il maggior rischio della sua disintegrazione. Ogni altra valutazione procede conseguentemente da queste premesse.

[96] R. SMEND, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., p. 316.

[97] Cfr. ad es. W. BAUER, *Wertrelativismus*, cit., p. 319.

[98] E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie*, cit., p. 235.

Smend prende infatti le distanze da ogni interpretazione «liberale» o «socialista» dei diritti fondamentali, come pure da ogni classificazione fondata sulla opposizione tra le categorie di «individualistico» e di «nazionalistico», quale quella formulata da G. Anschütz [99]. L'interpretazione dei diritti fondamentali, commenta Smend, può essere solo svolta con le categorie di «liberale» o di «staatsbürgerlich» [100].

In tal senso egli vede un carattere integrativo anche dell'art. 159, che ammette la libertà di coalizione, interpretandolo in senso «politico-costituzionale» e non «politico-sociale», come avviene invece, ad es., in F. Neumann che vede in questo e in altri diritti il fondamento di una costituzione economica e del lavoro.

La dottrina dominante ravvisa nei diritti fondamentali una decisione a favore dello Stato liberale di diritto (in questo senso si esprimono Schmitt [101], Hensel [102], Anschütz); al contrario Neumann [103] e Heller vi ritrovano una decisione per lo Stato sociale di diritto.

Schmitt ne riconduce l'origine ai diritti di libertà e ne evidenzia il carattere strettamente individualistico, così che non considera diritti fondamentali né l'art. 159 (sulla libertà di coalizione) né l'art. 165 (che ammette il riconoscimento dei sindacati) [104]. Al contrario Neumann li inclu-

[99] G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reiches* (1929), Bad Homburg 1960[14], p. 513. I diritti fondamentali, scrive Anschütz, malgrado la loro formulazione come diritti «dei tedeschi», sono in realtà concepiti non in modo razionalistico, bensì individualistico.

[100] R. SMEND, *Bürger und Bourgeois*, cit., p. 320.

[101] C. SCHMITT, *Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volkes*, in G. ANSCHÜTZ - R. THOMA, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 2. Bd., Tübingen 1932, p. 584.

[102] A. HENSEL, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, in «Recht und Staat», 1931, p. 27.

[103] F. NEUMANN, *Libertà di coalizione e costituzione. La posizione dei sindacati nel sistema costituzionale* (1932), in F. NEUMANN, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 187.

[104] C. SCHMITT, *Die Grundrechte*, cit., pp. 583-584. Per suffragare la sua interpretazione Schmitt cita una sentenza del tribunale del lavoro. Come Schmitt

de tra i diritti fondamentali pur avendo essi un carattere «sociale» e non individualistico.

Come abbiamo visto, la costituzione si fonda, secondo Schmitt, su di una d e c i s i o n e, e i diritti fondamentali racchiudono i principi che esprimono l'unità politica di un popolo: essi decidono dunque la forma politica di un'unità statale. Proprio il confronto con questa concezione della costituzione come decisione elaborata da Schmitt – comune del resto a tutta la dottrina, sia pur con significati diversi, da Hensel a Kirchheimer a Neumann – consente di rilevare la portata innovativa della dottrina di Smend. Prendendo esplicitamente le distanze da Schmitt e da Kirchheimer, egli scrive infatti che il senso di una costituzione non è la decisione, ma l'o r d i n a m e n t o d e g l i u o m i n i i n u n a c o m u n i t à[105].

L'arco della riflessione di Smend si chiude così mostrando l'estensione delle connessioni dinamiche all'interno della propria dottrina. L'analisi dello Stato ne aveva evidenziato la molteplicità dei processi e la pluralità delle forme integrative le quali richiedevano, infine, una necessaria fondazione nell'integrazione materiale. La costituzione ne pone i principi ultimi sotto la forma dei diritti fondamentali, ma essa non esprime alcuna decisione formulata da un popolo nella sua unità politica: al contrario essa racchiude piuttosto i principi programmatici di un ordinamento che p u ò realizzarsi come unità politica. La costituzione pone le forme, scrive Smend, in cui un popolo diventa unità, in cui può costruire la comune vocazione storico-morale.

È lo Stato che deve adempiere questo compito attraverso le forme dell'integrazione. Così dalla costituzione la riflessione ritorna allo Stato, ossia alle procedure mediante le quali un popolo possa prodursi come unità politica, al di là delle disomogeneità sociali.

anche E. TATARIN-TARNEYDEN, *Art. 165. Recht der Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie*, in *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, hrsg. von H. C. NIPPERDEY, 3. Bd. Berlin 1930, p. 534.

[105] R. SMEND, *Bürger und Bourgeois*, cit., p. 320.

L'analisi di Smend delinea un processo dinamico all'interno del quale viene individuato il carattere programmatico della costituzione e la natura processuale dello Stato: si tratta di un nuovo attualissimo paradigma politico che rappresenta il tentativo (forse sarebbe meglio dire: la risposta alla sfida) di costruire una nuova realtà politica oltre la fine dello Stato di diritto.

Per questo il problema di Smend non è costituito, come per Schmitt, dalla salvaguardia di una concezione individualistica dei diritti fondamentali e dalla difesa da opporre ad un pluralismo, che egli considera anticostituzionale, e rispetto al quale intravvede un argine nella figura del presidente del Reich. Al di là del Rechtsstaat Smend indaga invece le possibilità di una nuova forma di convivenza politica.

Lo sviluppo della democrazia di Weimar gli mostra tuttavia il fallimento di questa possibilità. Contro un comune senso di appartenenza allo Stato, contro una comune «cittadinanza di Stato», si è piuttosto affermata, come scrive Radbruch [106], una crescente emancipazione dallo Stato: lo spirito del *bourgeois* si è affermato definitivamente contro quello del *Bürger*. Così la concorrenza degli interessi contrapposti rende irrealizzabile un programma costituzionale fondato su regole che assicurino una comune convivenza politica.

È stato osservato che Smend, inseguendo la speranza di una unità politica fondata nei valori materiali della comunità politica, alimenta l'illusione di poter omogeneizzare, contro l'ordinamento pluralistico della società, ciò che dalla rivoluzione era stato riconosciuto come eterogeneo.

Smend appare, secondo questa interpretazione, profondamente ostile al pluralismo che consisterebbe invece nella accettazione della coesistenza di *Bürger* e *bourgeois*. Send vede infatti nel pluralismo la concorrenza di gruppi politi-

[106] G. RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, Tübingen 1927, p. 8.

ci che perseguono il proprio interesse senza alcun orientamento verso la salvaguardia della totalità politica. Egli formula questa valutazione riprendendo le analisi sviluppate da Schmitt nel saggio del 1930 sull'etica dello Stato e sullo Stato pluralistico, in cui il pluralismo viene concepito come il risultato di patti che possono essere sempre revocati [107].

Secondo questa prospettiva la riflessione di Smend sul fondamento materiale della costituzione lo porta a intravvedere nella costituzione di Weimar una democrazia incapace di integrazione [108]. Ma proprio nel riconoscimento di questa incapacità e nel tentativo di indicare la via per il suo superamento consiste tutta la rilevanza del pensiero di Smend, giacché esso consente di porre adeguatamente il problema dello Stato dopo la fine delle grandi costruzioni politiche del secolo XIX: senza inseguire il tentativo di ricrearne la realtà politica, esso indaga infatti le condizioni di possibilità di un nuovo ordine politico dove il momento decisivo non sia più quello del potere (*Herrschaft*), bensì quello delle complesse forme di partecipazione alla formazione della volontà politica ed elabora una nuova dottrina utile per porre adeguatamente [109] il problema della fondazione e delle condizioni di possibilità del pluralismo.

[107] C. SCHMITT, *Staatsethik und pluralistischer Staat* (1930), in *Positionen und Begriffe*, cit., p. 145.

[108] Smend intravvede nei valori della tradizione protestante il possibile fondamento di legittimità della democrazia tedesca. Cfr. R. SMEND, *Protestantismus und Demokratie* (1932), in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., p. 308.

[109] H. Ehmke osserva che la categoria centrale nella dottrina della integrazione di R. Smend concepita come «Vertragstheorie» non è quella di Herrschaft, bensì quella che esprime il processo di «einigender Zusammenschluß der Einzelnen und Gruppen eines politischen Gemeinswesens». Cfr. H. EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, cit., p. 61.

Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione

di *Jörg Luther*

Premessa

La dottrina dello Stato e della costituzione di Rudolf Smend offre al lettore italiano la possibilità di riflettere su una serie di temi quali l'integrazione politica, la funzione di governo, la dinamica della costituzione ed il significato dei diritti fondamentali. La conoscenza delle sue posizioni è indispensabile non soltanto per la comprensione delle teorie e dei dibattiti della *Weimarer Staatsrechtslehre*, ma anche per l'analisi dei problemi attuali della teoria e della prassi costituzionale, anche al di fuori della Repubblica federale.

La lettura dell'opera smendiana presenta tuttavia una serie di difficoltà che dipendono innanzitutto dallo stile peculiare dell'autore e dal grande numero delle interpretazioni proposte. Per questa ragione il presente tentativo di ricostruire la *Integrationslehre* di Smend non ricorre alla consueta interpretazione immanente e sistematica del lavoro più importante *Costituzione e diritto costituzionale* del 1928, bensì ad una considerazione storica che si occupa della formazione e dello sviluppo del suo pensiero. Seguendo questo filo storico si parte dalla formazione del metodo e dalla scelta dei temi nelle prime opere, si attraversano i dibattiti dei costituzionalisti di Weimar, specialmente le polemiche con Hans Kelsen e Carl Schmitt, per

Questa relazione è il frutto di un seminario di ricerca sulla dottrina costituzionale di Rudolf Smend, tenuto nel 1984-85 presso l'Università di Torino. Devo dei ringraziamenti a Gustavo Zagrebelsky, Pasquale Pasquino e Fabio Fiore.

finire con gli orientamenti sviluppati negli ultimi anni della Repubblica di Weimar e le posizioni assunte rispetto al fascismo ed al nazismo.

È naturalmente impossibile mettere in luce tutti gli aspetti dell'opera nella sua totalità ed, anzi, «integrare» il pensiero smendiano. L'intento è soltanto quello di offrire una serie di indicazioni per riscoprirne la grande dinamica intrinseca, le tante piccole metamorfosi del metodo e gli infiniti tentativi di mediare le divergenze tra le teorie e la prassi costituzionale.

1. *Le «Frühschriften» di Rudolf Smend*

Da *Die preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen* del 1904 fino a *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* del 1923, cioè da Göttingen a Berlino, le prime opere di Smend rispecchiano una linea di sviluppo in cui vanno configurandosi i primi elementi della teoria dell'integrazione. La *Dissertation* e la *Habilitationsschrift* servono innanzitutto a gettare quelle basi stabili del suo metodo che si trovano nell'analisi comparata e nella storia del diritto pubblico. A Göttingen, nel 1904, Smend rispetta ancora il positivismo di Gerber:

> «Il diritto dello Stato ha a che fare soltanto con le condizioni formali che riguardano la formazione della volontà dello Stato, condizioni che sono essenzialmente uguali in entrambe le costituzioni. Già in Montesquieu i rapporti reali di potere appaiono semplicemente come conseguenza politica e non come contenuto giuridico dei principi della divisione dei poteri; e così anche alla base della costituzione belga il sistema parlamentare si presenta semplicemente come tendenza politica e non come principio di diritto» [1].

Ma il vero obbiettivo di questo lavoro è già quello di «in-

[1] R. SMEND, *Die preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen*, Göttingen 1904, p. 51.

dividuare le cause che hanno indotto ad imitare in Prussia la costituzione belga» [2].

La differenza fra le due costituzioni viene spiegata con le categorie della dottrina generale dello Stato di F. J. Stahl che distingue tra costituzioni «storiche», «rivoluzionarie» e «riflessive» [3].

La costituzione belga rappresenta per Smend un tipo «rivoluzionario astratto», quella prussiana un «tipo storico-concreto», determinato dal «principio monarchico e dall'idea della legittimità» [4].

Ma negli anni successivi Smend oltrepassa «i limiti della comparazione puramente dogmatica» [5] e si allontana anche dalla concezione storica (*historische Ansicht*) della dottrina generale dello Stato di Stahl per dedicarsi ai temi della storia del diritto pubblico e della «vita costituzionale», ispirandosi a maestri come Andreas Heusler, Karl Zeumer e Albert Hänel. Il suo metodo storico, sviluppato in questi anni, si fonda innanzitutto sulla *Bedeutungsgeschichte*, cioè sulla storia del significato dei concetti giuridici e politici (cfr. ad es. *Kaiser und Reich* [1910], *Regierung* [1923], *Staat* [1945], *Öffentlichkeit* [1954]), pur senza finire nel radicalismo della «sociologia dei concetti» di un C. Schmitt [6].

Storia significa per Smend soprattutto storia della scienza, delle dottrine e delle idee, senza limitarsi ad una mera *Geistesgeschichte*.

Così, nella prolusione inaugurale di Tubinga, *Maßstäbe-*

[2] *Ibidem*, p. 3.

[3] Fr. J. Stahl, *Philosophie des Rechts*, 1846, pp. 242 s.

[4] R. Smend, *Die preußische Verfassungsurkunde*, cit., pp. 78 ss.

[5] *Ibidem*, p. 85.

[6] Cfr. R. Smend, *Staat und Politik* (1945), in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin 1968^2 (in seguito: *StA*), p. 368: «Le parole sono più savie e più ricche di contenuto della coscienza di chi parla – il linguaggio pensa per noi e conserva il senso vero e proprio meglio delle nostre definizioni consapevoli».

des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts, Smend analizza l'inversione dei valori, la razionalizzazione e modernizzazione delle diverse teorie costituzionali di tipo «razionale» o «organicistico». Rifiutando «lo scetticismo storico» del positivismo [7], egli cerca di individuare i «criteri» delle diverse teorie dello Stato per giudicare le alternative della politica costituzionale, senza tuttavia sopravvalutare il metodo storico con cui si costruivano questi criteri, perché «con la constatazione che un suffragio elettorale sia moderno non si dice affatto che esso sia anche quello giusto» [8]. In ultima analisi questo giudizio dipendeva dall'«idea di un criterio della giustizia o dell'utilità . . ., che nessuno vuole accettare consapevolmente per non finire nella scia del giusnaturalismo» [9].

La teoria costituzionale più moderna, fondata sulla «osservazione della storia e della vita costituzionale moderna» [10], è rappresentata per Smend dalla dottrina di Lorenz von Stein. Partendo dalla critica di quest'ultima egli cercò per la prima volta di sviluppare una propria concezione dello Stato e della costituzione.

«Le camere elettive devono però essere le rappresentanze delle correnti all'interno della società. Tuttavia non sono semplicemente rappresentanze delle classi economiche come sosteneva Lorenz von Stein, perché ogni gruppo della società può organizzarsi come partito per perseguire i suoi interessi di gruppo nei confronti dello Stato e specialmente per la rappresentanza in parlamento. Inoltre, non è neppure stata confermata la tesi di Stein, secondo cui la costituzione dello Stato dovrebbe formarsi sempre in conformità con i rapporti di potere nella società. Lo Stato definisce a sua volta in che modo vuole concedere alla società tramite il parlamento un'influenza sulla sua vita propria» [11].

[7] R. SMEND, *Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts* (1911), in *StA*, p. 37 nota 18.

[8] *Ibidem*, p. 35.

[9] *Ibidem*, p. 37 nota 18, riferito alle «idee del diritto che sono vive nella nazione» (von Gneist) e al concetto del «telos» di Stahl, rielaborato da E. Kaufmann.

[10] *Ibidem*, p. 25.

[11] *Ibidem*, p. 35. Cfr. L. von STEIN, *Der Socialismus und Kommunismus des heutigen Frankreichs*, 1848², vol. I, p. 63.

La costituzione poteva dunque conservare l'unità politica dello Stato anche indipendentemente dai «rapporti reali di potere» (Lassalle). Il concetto storico delle teorie costituzionali della *Restauration* era ormai superato e si trattava invece di creare lo spazio per una politica costituzionale nuova. L'espressione «lo Stato definisce» non presuppone però alcun *pouvoir constituant* e nemmeno un *pactum unionis civilis*, ma significa semplicemente una concezione della costituzione come *instrument of government*.

«Per mezzo della legge elettorale lo Stato fa appello a quegli strati della società, sul cui riconoscimento e sulla collaborazione attiva dei quali esso vuole reggersi. Per mezzo della rappresentanza del popolo lo Stato in certo qual modo conduce al suo mulino le acque della società. Uno degli scopi principali della vita costituzionale è stato individuato giustamente "nell'assorbimento dell'insoddisfazione del paese e nella trasformazione di una forza distruttiva ed elementare in una forza utile che promuove lo sviluppo" (Wittmayer), nel far sì che la critica negativa della società nei confronti dello Stato diventi una collaborazione attiva allo Stato»[12].

Questa sorta di «rianimazione» dello Stato in seguito al superamento della scissione tra Stato e società costituisce il punto di partenza delle riflessioni di Smend su ciò che più tardi chiamerà integrazione.

Tutta questa riflessione teorica circa i «criteri» è però anche inscindibilmente connessa ad un giudizio pratico sulla situazione costituzionale del 1911, un anno dopo l'ultimo tentativo fallito del governo Bethmann-Hollweg di sbloccare la riforma del *Dreiklassenwahlrecht* suffragio limitato a tre ceti) in Prussia[13]:

«Il parlamento deve essere una rappresentanza del popolo e noi proviamo l'ingiustizia di una legge elettorale, quando non conduce ad una rappresentanza proporzionale dei varii gruppi nel parlamento»[14].

[12] *Ibidem*, p. 36.

[13] Cfr. le indicazioni di E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, tomo IV, Stuttgart 1969, pp. 379 ss.

[14] R. SMEND, *Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts*, cit., p. 36.

Durante la prima guerra mondiale, l'interesse di Smend si sposta dai temi della politica costituzionale a quelli dell'interpretazione costituzionale, specialmente per quanto riguarda i problemi del federalismo. La tesi principale del suo saggio *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* del 1916, dedicato ad Otto Mayer, si riferisce alla «mutabilità» della costituzione, al rapporto tra diritto costituzionale formale e materiale. La relativa indeterminatezza del diritto costituzionale scritto apriva uno spazio alla controversia tra le dottrine costituzionali dell'unitarismo e del federalismo, controversia che poteva essere risolta soltanto con un'analisi della prassi costituzionale in questa materia. Questa prassi, che si fondava su consuetudini e convenzioni politiche tra gli Stati singoli, diventava fonte di diritto e integrava quindi la costituzione scritta. Smend individua nella «coincidenza di diritto costituzionale materiale e diritto costituzionale formale» [15] una regola sia dell'interpretazione teorica, sia dell'applicazione pratica del diritto costituzionale. La ragione di questa regola si trovava nella efficacia della costituzione, cioè nella «volkstümliche Wirkung» (effetto popolare) del testo costituzionale, che deve essere letto come un *Volksbuch* (libro per il popolo) e non come un «diplomatisches Aktenstück» (atto diplomatico) [16].

Con questa regola Smend traeva soltanto le conclusioni di un vecchio argomento, sviluppato già da Hegel ne *La costituzione della Germania* (1802):

> «Se queste leggi hanno perduto la loro antica vita, altrettanto la vitalità attuale non ha saputo raccogliersi in leggi; ogni vitalità è andata per la sua propria strada, si è stabilita per conto suo; il tutto si è infranto, e lo Stato non c'è più» [17].

Le riflessioni di Smend sui criteri della politica costituzio-

[15] R. SMEND, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* (1916), in *StA*, p. 54.

[16] *Ibidem*, pp. 39 s.

[17] G. W. F. HEGEL, *Die Verfassung Deutschlands*, 1802, trad. ital. in *Scritti Politici*, Bari 1971, p. 38.

nale e sulla formazione del diritto costituzionale non scritto venivano superate dalla nuova costituzione del 1919. Con essa cambiò la «Fragestellung», l'ipotesi di lavoro ed il metodo di Smend, come si legge in *Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl* del 1919:

«Se la costituzione significa per noi la regolamentazione giuridica del gioco delle forze politiche, l'esame e la critica delle singole istituzioni della costituzione non può limitarsi alla struttura anatomica, ma deve accertare il significato funzionale di queste istituzioni» [18].

In questa pubblicazione della Facoltà giuridica di Bonn Smend accetta il parlamentarismo, ma critica il suffragio proporzionale:

«È la volontà della costituzione che le decisioni politiche si producono come decisioni di una lotta condotta pubblicamente, una lotta che in questo luogo ed in queste forme viene auspicata dalla costituzione a prescindere del tutto dai suoi risultati» [19].

Rovesciando la sua posizione del 1911, Smend preferisce ora il suffragio maggioritario. Il suffragio proporzionale conferiva troppo potere ai partiti, aumentava la «proporzionalizzazione» del parlamento e sottraeva la lotta politica alla sfera pubblica. La riduzione del «momento di una dialettica politica particolarmente produttiva» nelle elezioni e la diminuzione dell'«esperienza politica vissuta» del singolo elettore esercitavano un effetto negativo sulla «forza psicologica per il corpo dello Stato» e sul «valore etico-politico per il singolo cittadino» [20].

L'analisi di Smend lascia intravedere un altro elemento della sua teoria dell'integrazione, ma rivela anche uno dei suoi punti deboli: egli riduce la problematica della forma-

[18] R. SMEND, *Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl* (1919), in *StA*, p. 60.

[19] *Ibidem*, p. 62.

[20] *Ibidem*, p. 66.

zione dell'unità politica alla relazione Stato-individuo, trascurando in tal modo il problema dell'integrazione dei gruppi e partiti politici. L'analisi rivela infine anche una nuova svolta metodologica, come dimostra la conclusione:

«Non tanto l'interpretazione di paragrafi e la costruzione di sistemi di concetti giuridici, quanto una teoria della costituzione fondata sociologicamente offre la base indispensabile di una nuova dottrina del diritto dello Stato nella nuova Germania»[21].

Non si tratta quindi più della mediazione tra le teorie divergenti e la prassi di «una vita dello Stato rimasta finora particolarmente priva di problemi», ma dello sviluppo di un metodo nuovo e di teorie nuove per una prassi costituzionale sulla base della costituzione di Weimar. Queste teorie nuove erano la teoria del governo ossia del «potere politico» del 1923 e la teoria dei diritti fondamentali del 1927.

I due testi *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* e *Das Recht der freien Meinungsäusserung* necessiterebbero sotto questo aspetto di un'analisi sistematica più approfondita. Qui si potrà tuttavia soltanto fare un breve accenno alla loro funzione nello sviluppo della dottrina dell'integrazione.

Nel 1923 Smend introduceva il concetto dell'integrazione come criterio del politico per poter dare un contenuto alla formula dell'*Objektlosigkeit*, cioè dell'assenza di un oggetto specifico della politica, sviluppata da Lorenz von Stein e ripresa dalla teoria dell'imperialismo di Joseph A. Schumpeter[22]. L'integrazione era la funzione del potere politico ossia del governo.

Nel 1927 egli elaborava una teoria dei diritti fondamentali concepiti come un sistema di valori culturali e beni politi-

[21] *Ibidem*, p. 67.

[22] R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923), in *StA*, p. 80.

ci, «tra i quali anche significativamente valori di minoranze e compromessi» [23].

Verfassung und Verfassungsrecht del 1928 cerca infine di dare una sistemazione a tutti gli aspetti della integrazione finora accennati. Smend elabora qui uno schema di «fattori» dell'integrazione funzionale, personale e materiale che si ricollega alla tipologia della legittimità di Max Weber e che introduce accanto ai fattori già accennati il dominio, la personalità del capo ed i simboli politici. Per poter «integrare» tutti questi fattori nella «unità del sistema di integrazione», egli ricorreva a categorie come la connessione fenomenologica di esperienze vissute dal singolo nella massa, la dialettica di una *Wertgesetzlichkeit des Geistes* e perfino l'astuzia della ragione di Hegel [24].

Hans Mayer, il più acuto critico di Smend, ha dimostrato nella sua *Dissertation* del 1931 che Smend era partito da «due concezioni fondamentalmente diverse dell'essenza dell'integrazione» [25]. Nel 1923, infatti, l'integrazione era il senso delle «azioni politiche», innanzitutto di atti di governo. Nel 1928, invece, a questo aspetto si sovrapponeva quello dell'integrazione come connessione di esperienze vissute dalle masse, che era indipendente dalla volontà e dalla «consapevolezza dell'intenzione integratrice da parte del legislatore o dei membri dello Stato soggetti all'inte-

[23] R. SMEND, *Das Recht der freien Meinungsäußerung* (1927), in *StA* p. 92. Cfr. p. 98; «I diritti fondamentali prendono posizione rispetto al problema di stabilire una costellazione di valori riguardanti la vita pubblica, e il compito dell'interpretazione dei diritti fondamentali è quello di elaborare questi problemi e la loro soluzione, già data in essi o da essi assegnata al giudizio etico e culturale dell'epoca». Per un'interpretazione della teoria dei diritti fondamentali di Smend cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1974, pp. 1529 ss.

[24] R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig 1928, pp. 56 ss.

[25] H. MAYER, *Die Krisis der deutschen Staatslehre und die Staatsauffassung Rudolf Smends. Juristische Dissertation*, Köln 1931, pp. 47 ss. W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, Baden-Baden 1983[2], pp. 69 ss., parla invece di «due intenzioni, quella della scienza dello spirito e quella democratica», che producono una serie di contraddizioni ed equivoci. Cfr. anche M. MOLS, *Allgemeine Staatslehre oder politische Theorie?*, in *Ordo politicus*, Berlin 1969, n. X, p. 140.

grazione» [26]. Di fronte a questa critica Smend stesso si è difeso nel 1956, parlando di un «senso dialettico» del suo concetto di integrazione, «ora più intransitivo come connessione di esperienze vissute, ora più transitivo come attività o effetto dei fattori che sorreggono lo Stato» [27].

Questo «ora così, ora così» si spiega in ultima analisi soltanto nei termini storici dati dalla situazione costituzionale di quegli anni. Nel 1923, cioè nell'anno della prima grande crisi della Repubblica di Weimar, Smend si occupò della funzione integratrice attiva della politica di governo. Nel 1927 invece propone un sistema di valori culturali come surrogato «di una parte delle funzioni dell'elemento costituzionale monarchico». Nel 1927, cioè nell'anno in cui si profilava già una sorta di «ingovernabilità» – per parlare con lo smendiano Hennis – egli offre un modello di integrazione intransitiva e, in ultima analisi, irrazionale: Hindenburg e le bandiere [28].

Questo quadro rimane però incompleto se non si tiene conto della rivalutazione dell'aspetto transitivo, che Smend compie dopo il suo ritiro dalla *Deutschnationale Volkspartei* in uno scritto cui si è prestata finora poca attenzione:

«L'état est une union sociale dont le maintien, dont les buts ne resultent que du groupement des volontés de ses membres et du développement de l'activité de ses organes. La vie de l'état, c'est l'action. L'état satisfait aux besoins sociaux d'ordre et de vie pacifique. Pour atteindre ces fins, un sentiment collectif passif des citoyens est insuffisant; il faut encore que l'organisation de l'état soit animée par des forces individuelles actives en sa faveur. Et en quoi consiste cette activité? en l'établissement des buts d'état et en leur réalisation. La vie d'un peuple est en mouvement perpétuel, imposant ainsi sans cesse la solution de nouveaux problèmes à l'état. Il faut prendre de nouvelles décisions, procéder à de nouvelles mesures. Ce sont les tâches de la politi-

[26] R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., p. 34 nota 3.

[27] R. SMEND, *Integrationslehre* (1957), in *StA*, p. 476.

[28] Si noti che anche nella prassi costituzionale il problema delle bandiere fu così importante da provocare la caduta del governo H. Luther nel maggio del 1926. Cfr. E. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, tomo VII, Stuttgart 1985, pp. 580 ss.

que, celles des organes politiques de l'état. La politique est le domaine dans lequel il est procédé au règlement des questions qui ne sont pas encore réglementées. Elle est le domaine des possibilités encore en suspens, celui de la libre décision. Il y a dans l'état deux fonctions à qui celle-ci incombe: la législative et la gouvernementale»[29].

2. *Berlino «contra» Vienna nel dibattito sul metodo*

Verfassung und Verfassungsrecht rappresenta, oltre a questo tentativo di dare una fondazione sistematica alla dottrina dell'integrazione, soprattutto un contributo al dibattito sul metodo, svoltosi all'interno della scienza del diritto dello Stato in quegli anni.

Geisteswissenschaftliche Methode era in primo luogo una risposta alla *Krisis der Staatslehre*, una crisi imputabile al neopositivismo di Hans Kelsen. Smend stesso parlava ancora nel 1972 di una «comunità di combattenti» contro il positivismo[30].

La crisi della scienza rifletteva per Smend la crisi dello Stato:

«La necessità e le difficoltà di un tale metodo aumentano se con il percorso della storia e con la crescente mancanza di omogeneità spirituale e sociale dell'intero popolo si perde quell'univocità originale ed autoevidente che caratterizza i principi supremi e basilari dei diritti fondamentali come ad es. la libertà e l'eguaglianza»[31].

Con la *geisteswissenschaftliche Methode* Smend cercò una nuova fondazione metodologica sia per il diritto dello Stato che per l'etica politica, quindi un metodo che univa il diritto e la morale. Ciononostante, questo nuovo metodo

[29] R. SMEND, *Les actes de gouvernement en Allemagne*, in «Annuaire de l'Institut international de droit public», II, 1931, p. 220 (relazione del 17-10-1930). Cfr. P. PASQUINO, *Il concetto del "politico" nella dottrina dello Stato e della costituzione della Germania di Weimar*, in *Politica*, a cura di S. VECA (di prossima pubblicazione).

[30] R. SMEND, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit*, in *Festschrift für U. Scheuner*, Berlin 1972, pp. 578 ss.

[31] R. SMEND, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, cit., p. 92.

da «scienza dello spirito» nasceva innanzitutto da una serie di scelte negative che riflettevano la situazione generale del dibattito dell'epoca. Il sincretismo metodologico di Jellinek, l'epistemologia delle filosofie neokantiane (confutata da E. Kaufmann), l'organicismo «ingenuo» di von Gierke e Hugo Preuss sembravano ormai già eliminati. Ma anche il metodo teleologico della *Interessenjurisprudenz* dei civilisti e la sociologia tradizionale *à la* Simmel-Vierkandt-v. Wiese non erano graditi alla maggior parte dei costituzionalisti. In questa situazione soltanto la filosofia della vita di Dilthey e la fenomenologia di Husserl si presentavano come un retroterra filosofico sufficientemente sicuro.

L'impostazione più affascinante per i «principianti in filosofia» (Schluchter) come Smend, Heller e Leibholz veniva offerta dalla *Kulturphilosophie* di Theodor Litt. Quest'ultimo aveva fondato un nuovo metodo fenomenologico e dialettico che cercava di sintetizzare una serie di categorie come il senso (sociologico) e l'esperienza (psicologica), *Erkenntnis* e *Erlebnis*, soggetto ed oggetto. Con i concetti littiani del «circolo chiuso» e dell'«intreccio sociale» Smend cercava di provare la realtà sociologica dello Stato contro Kelsen e di sviluppare una concezione dello Stato che si presentasse come terza via tra l'individualismo e l'organicismo.

Questo ricorso alle categorie di Litt è stato molto criticato e soprattutto ha provocato il sarcasmo di Kelsen che tentò a sua volta nel 1930 in *Der Staat als Integration* una «critica immanente» ed una «disamina dei principi» del libro di Smend. Questa critica aspra di Kelsen è in parte infondata, ad es. quando sostiene che in origine le categorie di Litt non potevano essere riferite allo Stato [32]. Nella prima edizione di *Individuum und Gemeinschaft*, fondata ancora in larga parte sulla sociologia di Simmel, Litt stesso dedicava una lunga sezione allo «Stato come unità di vita» [33]. Kelsen e Mayer hanno però giustamente messo in

[32] H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, Wien 1930, pp. 7 s.

[33] T. LITT, *Individuum und Gemeinschaft*, Leipzig-Berlin 1919^1, pp. 154 ss.

luce che Smend devia da Litt, confondendo la categoria del «senso» con una concezione di valori assoluti e ricorrendo ad una *Wertgesetzlichkeit* come garante del successo quasi automatico dell'integrazione [34]. Entrambi hanno inoltre dimostrato l'insufficienza della *geisteswissenschaftliche Methode* per un'elaborazione adeguata del concetto dell'integrazione, metodo e oggetto che secondo Kelsen «si scontrano in modo inorganico e contradditorio» [35].

Heller infine precisò questa contraddizione sostenendo che «le analisi fenomenologiche della coscienza» escludevano «tutta la realtà socio-umana che opera nei confronti della natura e della società» ossia «l'intero mondo dell'agire che si riferisce alla comunità in quanto tale e che viene regolato ed unificato ai fini della comunità» (Litt) [36].

Il metodo fenomenologico comporta così una «spiritualizzazione del sociale» [37] e deve quindi essere sostituito da un nuovo metodo sociologico, come avverte giustamente Hermann Heller:

«Tramite l'analisi fenomenologica della coscienza si scoprono indubbiamente certe strutture psicologiche e sociologiche molto generali, la cui conoscenza assume un valore importante, diventa anzi indispensabile anche come presupposto di una dottrina dello Stato. Ma il tentativo di concepire dei fenomeni storici come lo Stato attraverso una vi-

[34] H. MAYER, *Die Krisis der deutschen Staatslehre*, cit., p. 47. Il tentativo di una ricostruzione critica della dottrina dell'integrazione a partire dalla filosofia di Nikolai Hartmann viene fatto da R. BARTLSPERGER, *Die Integrationslehre Rudolf Smends als Grundlegung einer Staats- und Rechtstheorie*, Jur. Diss., Erlangen-Nürnberg 1964.

[35] H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, cit., p. 45.

[36] H. HELLER, *Staatslehre*, Tübingen 1983^6, p. 83.

[37] W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, cit., pp. 64 ss. Cfr. anche P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Juristische Dissertation*, Göttingen 1953, Frankfurt 1974^2, pp. 15 ss., il quale parla di una «strana timidezza nei confronti della realtà». Per un'analisi critica della teoria della integrazione dal punto di vista della sociologia cfr. W. LANDECKER, *Smend's theory of integration*, in «Social forces», 29, 1950-51, pp. 39 ss.; N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965, pp. 45 ss., 88 ss., nonché N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969, p. 194 nota 33.

sione della sua essenza evidente comporterà sempre l'assolutizzazione dei suoi condizionamenti storico-sociali»[38].

Di fronte a tutte queste critiche Smend stesso ammetteva nel 1956 di avere trascurato «storia ed azione» nella sua opera del 1928:

«Qui occorre una correzione esplicita del difetto che si trova già nell'impostazione, cioè di aver seguito il pensiero littiano senza aver tenuto sufficientemente conto della diversità di oggetto tra il compito problematico di realizzare la vita costituzionale e l'esposizione di Litt, che si orienta al circolo indubbiamente chiuso di una comunità linguistica»[39].

3. *Smend «contra» Schmitt nel dibattito sul parlamentarismo*

Verfassung und Verfassungsrecht serviva dunque innanzitutto alla polemica antikelseniana e perciò doveva anche subire quel contrattacco feroce di Kelsen che lo accuserà di essere un atto di «lotta contro la costituzione della Repubblica di Weimar»[40]. Questo obiettivo non riesce però a dare una spiegazione alla strana frettolosità con cui Smend aveva portato a termine il suo «abbozzo». Gerhard Leibholz nota a questo proposito:

«Forse non era nemmeno un caso che quest'uomo, per natura inibito ed esitante, che procedeva sempre a tastoni e ponderava ogni parola,

[38] H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 44.

[39] R. SMEND, *Integrationslehre* (1956), cit., pp. 480 s. Questa autocritica non ha però influenzato la diffusione della *geisteswissenschaftliche Methode* nella versione di una «maieutica costituzionale» (vedi M. FRIEDRICH-H. EHMKE-A. HOLLERBACH, in *Verfassungstheorie*, Darmstadt 1978). Cfr. anche la critica di questo metodo sotto l'aspetto dell'epistemologia analitica di H.-J. KOCH, *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt 1977, pp. 95 ss. Le connessioni tra i dibattiti di Weimar e la discussione attuale vengono esposte da R. DREIER, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, in *Probleme der Verfassungsinterpretation*, hrsg. von R. DREIER-F. SCHWEGMANN, Baden-Baden 1976, pp. 13 ss.

[40] H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, cit., p. 91. Di contro G. LEIBHOLZ, *Der Staat als Integration*, recensione a Hans Kelsen in «Juristische Wochenschrift», 1932.

quest'uomo proprio a Berlino decise d'un colpo – si potrebbe anche dire: con un atto di rottura – dopo varie spinte che partivano da motivi molto eterogenei, di buttare giù il suo libro *Verfassung und Verfassungsrecht* in un periodo di poche settimane nel settembre-ottobre 1927 e sulla base dei suoi appunti preparatori» [41].

Uno di questi motivi era ovviamente la stesura e la pubblicazione della *Verfassungslehre* di Carl Schmitt, che nel dicembre del 1927 concludeva la premessa con le parole:

«Inoltre è annunciato un libro di Rudolf Smend sulle questioni teorico-costituzionali. Nel presente lavoro ho cercato di occuparmi delle sue pubblicazioni finora apparse e proprio nella discussione ho pienamente sperimentato la grande fecondità delle sue idee. Mi rincresce perciò vivamente di non poter utilizzare e conoscere questa esposizione di teoria della costituzione che è imminente» [42].

La relazione tra queste due teorie costituzionali, specialmente tra i loro concetti fondamentali (Stato-costituzione-diritto-politica), non è stata finora sufficientemente chiarita. I rapporti Smend-Schmitt costituiscono uno dei capitoli più oscuri e difficili della storia della *Staatsrechtslehre* di Weimar.

Uno dei temi centrali di questo rapporto fu quello relativo al parlamentarismo, intorno al quale si svolse una sorta di dialogo indiretto che proseguì durante tutta la Repubblica.

Nel 1919 a Bonn Smend rifiutava il suffragio proporzionale, ma giustificava l'esistenza e la funzione del parlamento come «scopo a se stante» posto dalla costituzione positiva [43]. Ancora nel 1923 egli definisce il parlamentarismo come una «forma di Stato a se stante», caratterizzata da meccanismi dinamici e funzionali di integrazione come «le lotte dell'opinione pubblica e le elezioni . . ., dibattiti

[41] G. Leibholz, *In memoriam Rudolf Smend*, Göttingen 1976, p. 18.

[42] C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München-Berlin 1928, p. XIII (trad. ital., *La dottrina della costituzione*, Milano 1984, pp. 9 s.).

[43] R. Smend, *Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung*, cit., pp. 62 ss.

parlamentari e votazioni» [44]. Questa forma veniva contrapposta alla monarchia ed alla democrazia, nelle quali l'integrazione avviene grazie, rispettivamente, alla rappresentazione di una «pienezza statica di valori» e di un «ethos nazionale». Nello stesso anno Schmitt riprese queste formule e denunciò il tramonto della "fede politica" nelle idee del parlamentarismo, ormai superate dal punto di vista della *Geistesgeschichte* [45].

Nel 1927, cioè nell'anno in cui l'associazione dei professori e dei docenti universitari discuteva a Weimar sulla «Krisis des deutschen Parlamentarismus» [46], Smend criticò questa «dichiarazione di morte presunta del parlamentarismo» da parte di Schmitt, in quanto fondata solo sulla storia delle idee: «La fede nella rilevanza esclusiva dell'ideologia è razionalismo oppure (come nel caso di Carl Schmitt) realismo di concetti (*Begriffsrealismus*)» [47]. Per Smend si trattava invece di un problema funzionale ed istituzionale, di sapere, cioè, se il parlamento era ancora in grado di «condurre a termine le lotte politiche tramite la contrattazione e la votazione», i cui principi di integrazione, il contratto ed il principio di maggioranza, presupponevano un «patrimonio comune di valori» e delle «regole comuni della lotta» [48].

Secondo il giudizio di Smend alla fine del 1927, il parlamentarismo poteva ancora sopravvivere in Francia, ma «nella Germania più fortemente democraticizzata, questo tipo di integrazione, calcolato per una borghesia ristretta che legge i giornali, fallisce» [49].

[44] R. SMEND, *Die politische Gewalt*, cit., pp. 85 ss.

[45] C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München 1926², pp. 61 ss.

[46] Cfr. W. HELLPACH-G. VON DOHNA, *Die Krise des deutschen Parlamentarismus*, Tübingen 1927.

[47] R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., p. 37.

[48] *Ibidem*, p. 35.

[49] *Ibidem*, p. 37. Cfr. anche p. 73 nota 2, contro la tesi della «Parlaments-Dämmerung» (crepuscolo del parlamento) di Hellpach: «. . . il parlamento, un tempo capace di produrre integrazione, non è stato affatto una facciata, bensì un modo di integrazione funzionale vivente».

Nel capitolo sulle forme di Stato egli modificò infine la sua teoria sviluppata nel 1923. Qui il parlamentarismo come «tipo puro» di una forma di Stato liberale non costituisce più una forma autonoma, perché l'integrazione funzionale come tale non è sufficiente a garantire la stabilità dello Stato [50]. Questo capitolo, in sé assai incoerente, conferisce in ultima analisi al parlamento soltanto più una funzione complementare all'interno di una costituzione mista. Smend giungeva con ciò alla medesima posizione sostenuta da Carl Schmitt nella *Verfassungslehre* dello stesso anno:

«L'opinione di Rudolf Smend, secondo cui il parlamentarismo è una particolare forma di Stato, posso seguirla soltanto in quanto il sistema parlamentare significhi un equilibrio e una relativizzazione di elementi di forme di Stato, caratteristica dello Stato borghese di diritto» [51].

Ancora nel 1929, ne *Il custode della costituzione*, Schmitt scriverà:

«L'attuale metodo parlamentare-democratico della legislazione, tuttavia, viene caratterizzato molto bene dal concetto dell'integrazione; lo Stato odierno è inoltre uno Stato legislativo e riceve con il concetto smendiano di integrazione per la prima volta una teorizzazione specifica» [52].

Questa vicinanza, oppure almeno questa capacità di avvicinarsi in un dibattito come quello relativo al parlamentarismo, non può però trarre in inganno su un'opposizione ancora più profonda tra i due autori che Smend descriverà soltanto pochi anni prima della sua morte:

«Vi saranno non pochi lettori ingenui, che non hanno alcun'idea del-

[50] *Ibidem*, pp. 110 ss.

[51] C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 305, trad. ital. p. 403.

[52] C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1929), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze 1924-1925*, Berlin 1973^2, p. 68 nota 11. Tale nota non viene più riprodotta nelle edizioni successive. Anche la critica della giustizia costituzionale da parte di C. Schmitt si basa in gran parte sulla distinzione smendiana tra «vita dello Stato» e «vita del diritto».

l'opposizione addirittura contraddittoria tra noi due: io con il mio personalismo, il cui punto di partenza è strettamente legato all'uomo con i suoi rapporti essenziali... e Carl Schmitt con il suo decisionismo, che vede lo Stato come dominio, la sua costituzione come un sistema di ponti di comando e la sua essenza specifica nel potere dittatoriale, cioè in un potere senza limiti. Il cardine del mio pensiero era l'uomo, tutelato da diritti fondamentali, collocati concentricamente intorno al nucleo della costituzione, mentre in Carl Schmitt l'uomo rivestiva il ruolo di un oggetto al di là persino di Hobbes» [53].

Questa descrizione del rapporto Smend-Schmitt non coincide però con lo sviluppo delle loro idee fino al 1928. Smend si limitava a rimproverare Schmitt di pensare in modo «aristotelico-scolastico» e «antichizzante». Schmitt a sua volta insisteva nella *Teologia politica* sulla «connessione di questo decisionismo con il personalismo» senza tuttavia esplicitare quest'ultimo concetto [54].

La rottura si evidenziò solo nel 1933, quando Smend rifiutò la teoria istituzionale dei diritti fondamentali di Schmitt come «troppo poco personale», aggiungendo:

«Tuttavia il senso della costituzione non è quello di essere una "decisione" intesa come un qualche sistema ideale in sé coerente, ma quello di coordinare degli uomini viventi entro una comunità politica» [55].

Le garanzie dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar non sarebbero «un affare più o meno ben riuscito, che i proprietari e gli operai, i ceti medi e le donne, i funzionari e i professori, la chiesa e i sindacati avevano fatto a Weimar», bensì diritti «della professione del cittadino» che è eticamente legato allo Stato, un cittadino la cui fedeltà alla costituzione (*Verfassungstreue*) doveva essere garantita di fronte al «disordine anarchico dei gruppi politici» [56].

[53] Questa lettera viene riprodotta in parte in *Pluralismus. Konzeptionen und Kontroversen*, hrsg. von F. NUSCHELER-W. STEFFANI, München 1972, pp. 26 s.

[54] C. SCHMITT, *Politische Theologie*, München 1922, pp. 32 s., 43.

[55] R. SMEND, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), in *StA*, p. 319 s., n° 15.

[56] *Ibidem*, p. 323.

Questo «personalismo», asserito da Smend solo due settimane prima della presa del potere da parte del nazismo, si basa però su premesse nuove, che si esprimono in un nuovo principio metodologico:

«Il concetto e l'immagine dell'uomo e del cittadino di un'epoca fanno parte delle premesse del pensiero giuridico di quest'epoca, in modo che un diritto positivo rimane incomprensibile senza la conoscenza di questo presupposto, di questa immagine dell'uomo» [57].

Questa svolta metodologica verso una specie di antropologia, già adombrata nel titolo *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* – titolo che riecheggia quello di un articolo precedente di Hermann Heller [58] –, fa parte tuttavia solo di una trasformazione più profonda del pensiero di Smend alla fine della Repubblica di Weimar.

Nel capitolo seguente si cercherà di mostrare che questo processo di trasformazione consiste in una forte teologizzazione delle posizioni del nostro autore, la quale lo spinse sul terreno di una teologia politica protestante che poteva concorrere con quella del «cattolicesimo romano» di Carl Schmitt.

4. *La teologia politica di Rudolf Smend*

«Smend poteva prevedere che una teoria dello Stato che postulava "la concezione del contenuto politico quale contenuto di fede" sarebbe stata classificata dalla scuola di Vienna come una disciplina che avrebbe dovuto considerarsi non una scienza, ma una teologia dello Stato che tratta il proprio oggetto, lo Stato, come la teologia tratta il suo: quest'ultima non mira tanto a conoscere l'essenza di Dio, quanto piuttosto a conservare e a rafforzare la sua autorità».

«Quello che Smend pratica è un caso classico di teologia politica e per la sua indole più intima egli è un teologo dello Stato» [59].

[57] *Ibidem*, p. 310.

[58] Cfr. H. Heller, *Bürger und Bourgeois* (1932), in *Gesammelte Schriften*, II, Leiden-Tübingen 1971, pp. 625 ss.

[59] H. Kelsen, *Der Staat als Integration*, cit., pp. 32 s., 55 s.

La polemica di Kelsen tuttavia non fornisce prove, ma solo alcuni indizi, come quel passo in cui Smend parla di una «affinità tra il legame di integrazione con lo Stato ed il legame religioso con la divinità» [60]. Forse aveva notato anche quello strano parallelismo strutturale tra il problema costituzionale dello Stato e quello della Chiesa che si delinea nell'ultimo capitolo di *Verfassung und Verfassungsrecht*. Smend parlava in quel contesto di una «fondazione inevitabilmente teologica» del diritto ecclesiastico e della necessità di ricondurre la «chiesa giuridica», all'idea della «chiesa visibile e invisibile», tenendo conto dei problemi di integrazione che si concretizzavano ad es. nel concetto dell'«ufficio spirituale» (*geistliches Amt*) e nel principio della «costruzione della chiesa a partire dalla comunità» [61].

Già questi primi accenni dimostrano l'impossibilità di definire la «teologia politica» di Smend nel senso della analisi sociologica dei concetti praticata da Carl Schmitt [62]. La teologia politica di R. Smend non parte dalla genealogia dei concetti, bensì dai problemi dell'unità politica, che possono essere spiegati anche in termini religioso-teologici, specialmente in quelli della fede politica e della secolarizzazione.

Questa teologia politica si esprimeva anzitutto in una teoria materiale della democrazia e dei diritti fondamentali. Così nel 1932 Smend analizzò i rapporti difficili tra il protestantesimo prussiano e la democrazia di Weimar [63].

[60] R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., p. 50, nota 2.

[61] *Ibidem*, pp. 173 ss.

[62] Cfr. per il concetto di teologia politica secondo C. Schmitt, I. STAFF, *Zum Begriff der Politischen Theologie bei Carl Schmitt*, in G. DILCHER-I. STAFF, *Christentum und modernes Recht*, Frankfurt 1984, p. 182. Una definizione precisa del concetto della teologia politica non è stata ancora sviluppata nemmeno dagli autori che hanno contribuito a *Religionstheorie und Politische Theologie*; I: *Der Fürst dieser Welt*, hrsg. von J. TAUBES, München 1983. Per quanto riguarda le differenze tra la teologia politica classica, quella di Weimar e quella del '68, cfr. H. MAIER, *Kritik der politischen Theologie*, Einsiedeln 1970, pp. 16 ss.

[63] Cfr. a questo proposito K. NOWAK, *Evangelische Kirche und Weimarer Republik*, Göttingen 1981; J. R. C. WRIGHT, *"Above parties". The political attitudes*

Il protestantesimo, ridotto dalla rivoluzione ad una mera «società religiosa», aveva perso il suo ruolo storico quale fondamento costitutivo dello Stato prussiano, rappresentato dal monarca come *summus episcopus*. Minacciata dal «secolarismo» (*Säkularismus*) degli anni '20, «dall'emancipazione della vita da tutte le radici e dai legami religiosi ed etici» [64], la chiesa protestante doveva trovare una nuova posizione rispetto alle nuove autorità e quindi una concezione propria della democrazia. Smend cercava di mediare tra Stato e Chiesa:

«Anche la democrazia ha il bisogno di credere: a se stessa, nei propri valori e nella propria dignità; essa tende in certo qual modo ad essere un surrogato della religione e della chiesa, tanto più di un mondo secolarizzato; e nella misura in cui vi sono delle energie religiose secolarizzate che vivono nella democrazia, esse sono per lo più di origine protestante . . .» [65].

L'indifferenza del protestantesimo rispetto ai sistemi politici e alle forme di Stato, carattere essenziale di questa religione, e la sua dinamicità spirituale potevano «dare quel grado di omogeneità spirituale, che costituisce il presupposto di una democrazia interiorizzata (*innerlich angeeignet*) da un popolo culturalmente sviluppato e che offre quella legittimità ultima di cui necessita, a suo modo, anche una costituzione democratica» [66]. L'omogeneità spirituale e la comunità di valori che garantivano il funzionamento delle procedure democratiche avevano quindi in ultima analisi un fondamento religioso.

L'origine di questa concezione smendiana si trova del resto già in una breve relazione del 1915 dal titolo *Guerra e cultura*. La storia della guerra veniva qui interpretata nel

of the German Protestant Church Leadership 1918-1933, Oxford University Press 1974, nonché R. HEPP, *Politische Theologie und theologische Politik*. Philosophische Dissertation, Erlangen 1967, che analizzano quella commistione tra teologia e politica che caratterizzava il protestantesimo di Weimar.

[64] R. SMEND, *Protestantismus und Demokratie* (1932), in *StA*, p. 304.

[65] *Ibidem*, p. 305.

[66] *Ibidem*, p. 308.

senso di una evoluzione a partire dalla guerra religiosa fino ad un punto in cui «si cristallizzava un patrimonio sempre più grande di valori, riconosciuti come valori comuni dai combattenti perfino ancora durante la guerra» [67]. «I valori ultimi e supremi della cultura» furono già allora «quelli religiosi» [68].

Questo scritto ci dimostra inoltre la discendenza della sua teologia politica dalle filosofie dello Stato di Hegel e Stahl: lo Stato stesso, secondo Hegel «Gang Gottes in der Welt» (il cammino di Dio nel mondo) e secondo Stahl oggetto principale della *christliche Weltanschauung*, era il più alto valore culturale e perciò fonte di «un obbligo etico del singolo nei confronti dello Stato» [69].

Questa prima versione grezza della teologia politica di Smend veniva superata dalla sua dottrina della costituzione, ma perfino il concetto di Stato in *Verfassung und Verfassungsrecht* conserva un certo elemento teologico: Smend definì nel 1928 lo Stato come un'«unione reale di volontà», che si riproduce nei processi dell'integrazione con la struttura di un «circolo chiuso» e si distingue dagli altri gruppi sociali grazie alla sovranità e all'immanenza del suo «sistema di integrazione che gravita in se stesso» [70]. Questa concezione descrittiva viene però sempre più normativizzata: all'inizio egli parla soltanto di un *a priori* che caratterizza ogni scienza dello spirito, «e cioè non trascendentale bensì dato con la struttura immanente del suo oggetto, un a priori ottenuto per via dell'astrazione fenomenologica, che qui deve essere presupposto» [71]. Poi però viene introdotta la dialettica della *Wertgesetzlichkeit*, lo Stato viene definito come «unione sovrana di volontà» e «la sua integrazione permanente verso la realtà»

[67] R. SMEND, *Krieg und Kultur*, in *Durch Kampf zum Frieden. Tübinger Kriegsschriften*, VIII, Tübingen 1915, pp. 6 s.

[68] *Ibidem*, p. 7.

[69] *Ibidem*, pp. 13 s., 20.

[70] R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., pp. 84 s.

[71] *Ibidem*, p. 7.

come «essenza sovra-empiricamente data dello Stato»[72]. Alla fine si parla soltanto più di un mero essere dato come compito (*Aufgegebenheit*), di un «compito di integrazione»[73]. Questa normativizzazione permette non soltanto l'introduzione di un «valore di integrazione» come regola dell'interpretazione giuridica, ma anche la fondazione di quell'etica politica che serviva a superare «l'intima estraneità rispetto allo Stato», caratteristica del liberalismo tedesco dopo Max Weber[74].

Anche l'interesse per la filosofia della cultura di Litt si spiega in ultima analisi con quell'obbiettivo di fondare una nuova etica politica che non si limitasse a meri calcoli di utilità e relazioni tra scopi e fini. Litt aveva parlato già nel 1919 delle vie che conducevano ad una nuova «coscienza dello Stato»:

«La coscienza dello Stato non può fiorire sul terreno di calcoli economici di utilità... Lo Stato può acquistare dignità nella coscienza dei suoi cittadini soltanto qualora esistano contenuti di senso concreti di un tipo completamente diverso, valori autonomi della vita dell'anima, dei quali si rende garante»[75].

Nel 1956 Smend stesso concretizzava l'aspetto teologico complementare di questa *Aufgegebenheit* in uno scritto dal titolo *Das Problem der Institutionen und der Staat. Der Staat als Beruf*, parlando dei due lati della vita politica:

[72] *Ibidem*, p. 22.

[73] *Ibidem*, ad es. p. 51: «Ma qui per lo Stato si ha la stessa situazione che per l'individuo: anche i fini, gli ideali, i compiti professionali e i desideri dell'individuo non sempre sono pienamente realizzabili, ma la realizzazione del loro compito di vivere è ciononostante possibile».

[74] *Ibidem*, p. 3.

[75] R. SMEND, *Das Problem der Institutionen und der Staat* (1956), in *StA*, p. 505. Cfr. anche già *Staat und Politik* (1945), in *StA*, p. 369: «Quando gli uomini si aggregano in comunità politiche, ... obbediscono ad una coercizione sovra-empirica: lo Stato deve essere così come del resto anche la comunità del diritto deve essere – ogni singola creazione di uno Stato e dell'ordinamento costituzionale che un paese si dà si compie inevitabilmente in un atto di obbedienza rispetto ad ordini superiori, che danno a noi uomini il compito di vivere nei matrimoni ma anche negli Stati».

«Tuttavia la si concepisce correttamente soltanto considerandola anche un compito, cioè come una professione (*Beruf*). Questo modo di conferire un senso alla vita politica intesa come professione del popolo in uno Stato e di ogni singolo nello Stato è ciò che si è perso nella situazione politica presente e di cui si sente appassionatamente e disperatamente la mancanza, a prescindere anche da ogni menefreghismo consapevole» [76].

Lo Stato come *Beruf*, questa tesi fondamentale di Smend, corrispondeva al pensiero politico della maggior parte del protestantesimo tedesco degli anni Venti, caratterizzato tra l'altro da una *Lutherrenaissance* [77]. Ma anche la tesi che considerava lo Stato come processo dinamico di integrazione era impensabile senza il dinamismo della «dialektische Theologie», la nuova teologia dialettica di questi anni. La teologia politica nasce da questo contesto di storia delle idee, avvicinandosi piuttosto alle posizioni di teologi come Emanuel Hirsch e Paul Althaus, o giuristi come Günther Holstein e Wilhelm Kahl, che al liberalismo e relativismo di un Ernst Troeltsch [78]. Non soltanto questo contesto teorico, ma anche quello pratico-politico dei rapporti tra Stato e Chiesa protestante negli anni Venti necessiterebbero di un'analisi più approfondita.

La lealtà e fedeltà del cittadino cristiano nei confronti delle autorità costituiva il rimedio migliore sia per la crisi dello Stato, sia per la crisi della Chiesa. Entrambe le crisi venivano concepite innanzitutto come crisi di identificazione e di valori non soltanto da Smend, ma anche ad es. da Wilhelm Kahl nella sua relazione per la *Vaterländische Kundgebung* del «Kirchentag» 1927 di Königsberg [79]. Ma anche la Chiesa stessa doveva dimostrare questa lealtà e

[76] T. LITT, *Individuum und Gemeinschaft*, cit., pp. 179 s.

[77] Cfr. K. NOWAK, *Evangelische Kirche*, cit., pp. 227 ss. e R. SMEND, *Protestantismus und Demokratie* (1932), in *StA*, p. 297.

[78] Cfr. le indicazioni di K. NOWAK, *Evangelische Kirche*, cit., pp. 227 ss. Cfr. anche G. LENZ, *Die Bedeutung des Protestantismus für den Aufbau einer allgemeinen Staatslehre*, Tübingen 1924.

[79] Cfr. K. NOWAK, *Evangelische Kirche*, cit., pp. 173 ss., con indicazioni bibliografiche ulteriori.

fiducia nei confronti dello Stato. Di qui traeva origine anche la famosa «clausola politica» dell'accordo prussiano tra Stato e Chiesa protestante nel 1931: la Chiesa dimostrava la sua lealtà e fedeltà nei confronti dello Stato sottoponendo l'assunzione delle più alte cariche ecclesiastiche ad un «nulla osta» da parte del governo prussiano [80]. Sia la prospettiva teorica che la politica pratica di Smend all'interno delle organizzazioni ecclesiastiche si concentrano quindi sul problema:

«... che la Germania nel suo insieme non conosce né una stabilità dello Stato nella religione, né un'affermazione della religione nella nazione» [81].

Infine, anche la teoria smendiana dei diritti fondamentali rispecchia questa sua teologia politica. Le sue riflessioni assumono qui come punto di partenza la politica costituzionale dello statista protestante Friedrich Naumann, che aveva presentato alla costituzione del 1919 un *Versuch volksverständlicher Grundrechte*, una proposta di concepire e formulare i diritti fondamentali in un linguaggio comprensibile per l'intero popolo, quasi come un «catechismo del popolo» [82]. Smend cercò di superare la «insufficienza tecnica» di questa proposta e di tradurne l'intento in una teoria materiale per i fini dell'interpretazione dei diritti fondamentali [83]. Applicata all'esempio della libertà della scienza e dell'insegnamento, questa teoria materiale lasciava intravvedere nella produttività scientifica come bene tutelato dal diritto «il presupposto anche dell'atteggiamento etico, dato a noi come compito» [84]. Così «la credenza nella forza produttiva della scienza» si basa-

[80] Cfr. K. HESSE, *In memoriam R. Smend*, in «Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht», XX, 1975, pp. 337 ss.

[81] R. SMEND, *Protestantismus und Demokratie* (1932), in *StA*, p. 297.

[82] Cfr. K. NOWAK, *Evangelische Kirche*, cit., p. 37, con indicazioni bibliografiche ulteriori.

[83] R. SMEND, *Das Recht der freien Meinungsäußerung* (1927), in *StA*, p. 92 nota 3.

[84] *Ibidem*, p. 107.

va su «convinzioni, la cui forza positiva può essere spiegata soltanto con la loro origine in quanto energie religiose secolarizzate» [85].

Anche la svolta del 1933 verso un tipo di fondazione antropologica della sua dottrina deve essere interpretata alla luce della teologia politica. Rovesciando Feuerbach si potrebbe dire: il segreto dell'antropologia è la teologia. Il concetto del «cittadino» contrapposto al «bourgeois» presuppone non soltanto l'etica politica classica dell'antica Grecia, ma anche quel *politeuma* del Nuovo Testamento, tradotto da Lutero con «Wandel», cioè cammino e mutamento [86]. I diritti fondamentali del cittadino, creazione delle costituzioni del primo costituzionalismo, nascono così da un'etica sociale che aveva perfezionato «l'antica dottrina cristiana dei tre ceti: *status politicus, ecclesiasticus* ed *oeconomicus*».

«Si potrebbe esprimere tutto ciò dicendo che ora anche i sudditi diventano *status politicus*, cioè ceto politico di professione. E la loro nuova posizione giuridica, specialmente i diritti fondamentali, sono per così dire il diritto professionale di questo ceto» [87].

La funzione politica di quest'idea teologica del «cittadino eticamente legato allo Stato», riproposta due settimane prima della *Machtergreifung*, era ancora una volta una stabilizzazione reciproca tra Stato e religione.

«Al giorno d'oggi il cittadino va scomparendo, per trasformarsi nel seguace della religione politica, nelle pretese totalizzanti, quasi religiose, dei grandi movimenti politici» [88].

La teologia politica di Rudolf Smend è rimasta fino ad oggi un aspetto trascurato della sua opera. Si è cercato qui di dimostrarne la rilevanza per la teoria della demo-

[85] *Ibidem*, p. 108.

[86] R. SMEND, *Bürger und Bourgeois* (1933), in *StA*, p. 312.

[87] *Ibidem*, p. 316.

[88] *Ibidem*, p. 324.

crazia, per la teoria dei diritti fondamentali e infine per il concetto dello Stato. Rimangono da approfondire le premesse teologiche di questa teologia politica, nonché la sua posizione rispetto alla teologia politica di Carl Schmitt: le connessioni e le differenze tra il «cattolicesimo romano» ed il «protestantesimo prussiano».

5. *Tra fascismo e nazionalsocialismo*

> «È uno dei punti di forza del fascismo, che si può giudicare del resto... come si vuole, che esso abbia visto con grande lucidità questa necessità di un'integrazione multilaterale, adoperando con maestria la tecnica dell'integrazione funzionale, nonostante ogni rifiuto del liberalismo e del parlamentarismo, e sostituendo consapevolmente l'integrazione materiale socialista, da esso rifiutata, con quella del mito nazionale e dello Stato corporativo» [89].

In queste righe ed in altri passi simili di *Verfassung und Verfassungsrecht* affiora quello strano fascino che il fascismo romano esercitò sul conservatore prussiano. Smend elogiò l'«immediatezza» e la «multilateralità» del sistema dell'integrazione fascista. Le tecniche fasciste dell'integrazione, come il corporatismo, il militarismo ed il mito di Sorel [90], avevano un effetto «immediato», poiché non dovevano ricorrere alla mediazione di poteri intermedi e di contenuti razionali per coinvolgere il singolo e la sua anima. La «multilateralità» si mostrava invece in quella strana commistione di fattori come la personalità di Mussolini, il parlamento, i plebisciti, l'*ethos* fascista, il simbolo della marcia su Roma, ecc. Al di là di questo tentativo di dare una spiegazione grossolana di alcuni fenomeni riferiti dalla stampa quotidiana, non si può parlare di una teoria del fascismo vera e propria in Smend. Ciononostante, il suo rinvio alla «grande miniera» della letteratura sul fascismo, che offrirebbe alla comparazione del diritto costitu-

[89] R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., p. 62.

[90] *Ibidem*, p. 50 nota 2.

zionale delle «vie e delle possibilità per giungere ad un nuovo divenire dello Stato, alla creazione dello Stato e della vita statale» [91], ha influenzato una serie di ricerche sul fascismo, tra le quali ad es. quelle di G. Leibholz per la sua prolusione inaugurale *Über einige Probleme des faschistischen Verfassungsrechts*:

«In questo contesto si rivela la particolare fecondità del concetto di integrazione, recentemente introdotto nella dottrina dello Stato e fondato sulle scienze dello spirito ad opera di Smend, un concetto che rende accessibile alle considerazioni del diritto costituzionale quella connessione spirituale di senso che sussiste tra norma e realtà» [92].

Dall'altra parte non si può trascurare una strana coincidenza tra la storia costituzionale italiana e lo sviluppo della dottrina dell'integrazione di Smend. Il concetto stesso dell'integrazione, introdotto nel 1923 nel suo saggio sul potere politico, appariva già nel 1922 nella legge sul Gran Consiglio del Fascismo («l'organo supremo che coordina ed integra tutte le attività del regime sorto dalla Rivoluzione»). Anche la Carta del lavoro del 1927 definisce la nazione come «unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato fascista». Questa coincidenza di linguaggio spiega forse il fascino subito da Smend, ma non corrisponde tuttavia ad una coincidenza ideologica. Il linguaggio delle leggi fasciste si radicava piuttosto nelle dottrine cattoliche dell'integralismo, quello di Smend nella sociologia organicistica di Spencer [93].

La dottrina dell'integrazione di Smend ha suscitato scarso interesse sia da parte delle dottrine fasciste [94], sia da parte

[91] *Ibidem*, p. 23.

[92] G. LEIBHOLZ, *Zu einigen Problemen des faschistischen Verfassungsrechts*, Berlin 1928, pp. 7 s. Cfr. anche le teorie del fascismo di C. SCHMITT, *Wesen und Werden des faschistischen Staates*, in «Schmollers Jahrbuch», LIII, 1928, pp. 107 ss. e H. HELLER, *Europa und der Faschismus*, Berlin 1931².

[93] Cfr. R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., p. 18, nota 3 e p. 23 nota 4, che identifica i due concetti.

[94] Cfr. G. LO VERDE, *Il metodo fenomenologico e la formazione del concetto di rappresentanza nella moderna teoria del diritto politico*, in «Il circolo giuridico

del nazionalsocialismo [95]. I suoi allievi Ulrich Scheuner e Herbert Krüger cercavano di difendere e di adattare questa dottrina al nuovo contesto politico ed ideologico degli anni Trenta [96]. Anche il nazista Reinhold Höhn tentava di strumentalizzare Smend per una teoria nazionalsocialista dello Stato, tuttavia senza grande successo [97]. Nel 1935 Smend veniva costretto a lasciare la cattedra di Berlino ed a tornare a Gottinga. La sua teologia politica, però, gli sbarrò la strada della resistenza [98].

"L. Sanpolo"», NS, III, 1932, I, pp. 26 ss.; L. LACHMANN, *Intorno alla teoria dello Stato di Smend*, in «Lo Stato», III, 1932, pp. 107 ss., nonché le critiche di C. GORETTI, Recensioni a R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, e C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, in «Rivista di filosofia», XXI, 1929, pp. 382 ss.; N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale*, Torino 1934, pp. 58 ss.; C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1940, pp. 51 s.

[95] Cfr. J. MEINCK, *Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus*, Frankfurt 1978, pp. 63 ss.

[96] U. SCHEUNER, *Die nationale Revolution*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», XXIV, 1934, pp. 166 ss., 261 ss.; H. KRÜGER, *Führer und Führung*, Breslau 1935, p. 13. Cfr. sul rapporto Smend-Scheuner da ultimo J. H. KAISER, *Einige Umrisse des deutschen Staatsdenkens seit Weimar*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», CVIII, 1983, pp. 5 ss.

[97] R. HÖHN, *Staatsaufbau im Jungdeutschen Manifest: ein bewußtes Integrationssystem*, in «Der Meister», IV, 1928-29, pp. 203 ss.; R. HÖHN, *Wahre Integration und Scheinintegration*, *ibidem*, pp. 424 ss.

[98] Cfr. anche la critica di G. LEIBHOLZ, *In memoriam R. Smend*, cit., p. 20 s.

Dal «Kaiserreich» a Weimar: la forma di governo in Germania e Hugo Preuss

di *Claudio Tommasi*

1. *Il tramonto della monarchia e i problemi della costituzione tedesca*

La sera del 9 novembre 1918, con un breve comunicato [1] diffuso dalla stampa berlinese, Guglielmo II Hohenzollern, re di Prussia e imperatore tedesco, annunciava la propria abdicazione. Al suo posto, in qualità di reggente, sarebbe subentrato il principe Max von Baden, con la duplice consegna di cedere a Friedrich Ebert, deputato della SPD, il proprio mandato di cancelliere dell'impero, e di avviare al più presto le elezioni generali per la nomina di un'Assemblea Nazionale Costituente. Per secoli, sul pro-

Abbreviazioni: AöR = «Archiv des öffentlichen Rechts»; ANSCHÜTZ-THOMA = *Handbuch des deutschen Staatsrechts,* hrsg. von G. ANSCHÜTZ - R. THOMA, I-II, Tübingen 1930-32; *Dokumente* = E. R. HUBER, *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte,* I-III, Stuttgart 1961-64-68; *DVG* = E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789,* I-VI, Stuttgart 1969 ss.; *DVWG* = K. G. A. JESERICH - H. POHL - G. C. VON UNRUH, *Deutsche Verwaltungsgeschichte,* I-III, Stuttgart 1983-84; «JöRG» = «Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart»; *Materialien* = *Materialien der Deutschen Reichs-Verfassung. Sammlung sämmtlicher auf die Reichs-Verfassung, ihre Entstehung und Geltung bezüglichen Urkunden und Vorstellungen, einschliesslich insbesondere derjenigen des constituirenden Norddeutschen Reichstages 1867,* hrsg. von G. BEZOLD, auf Veranlassung und Plangebung von F. von HOLTZENDORFF, I-III, Berlin 1873; MEYER - ANSCHÜTZ = G. *Meyers Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts,* nach dem Tode des Verfassers in siebenter Auflage bearbeitet von G. ANSCHÜTZ, München-Leipzig 1919; *Quellensammlung* = *Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht,* zusammengestellt von H. TRIEPEL, Leipzig 1901; *VVDN* = *Verhandlungen der Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung. Stenographische Berichte,* Bde CCCXXVI, CCCXXVII, CCCXXVIII, Berlin 1921.

[1] Il testo è interamente riprodotto in W. JELLINEK, *Revolution und Reichsverfassung. Bericht über die Zeit vom 9. November 1918 bis zum 31. Dezember 1919,* in «JöRG», IX, 1920, pp. 1-128 (in part. p. 6).

prio suolo, la monarchia prussiana era stata l'«istituzione delle istituzioni» [2] e per quasi cinquant'anni, con la corona imperiale, aveva retto le sorti di una Germania unita. Ora, con l'esilio dell'ultimo Kaiser, tra l'indifferenza dei più e la costernazione di un paese militarmente sconfitto, essa andava incontro ad una fine ingloriosa e senza esequie, destinata a non suscitare particolari rimpianti.

A molti, benché non certo a tutti, appariva evidente la necessità di un mutamento istituzionale che chiudesse in fretta i conti col passato e con un'esperienza storica ormai esaurita. Ma pochi, al momento, ebbero un'esatta percezione dei problemi politici e costituzionali che il crollo della monarchia avrebbe riaperto: gli stessi cui, per decenni, proprio la monarchia prussiana aveva offerto una soluzione di compromesso, tutt'altro che ineccepibile ma pure, per alcuni versi, funzionale. Si trattava, in special modo, delle questioni già postesi fin dal *Vormärz*, a proposito della creazione di uno Stato tedesco, a struttura federale, che anche sul piano politico desse unità a una nazione culturalmente omogenea. Esse riguardavano sia la forma Stato (se monarchico-costituzionale o repubblicana), sia soprattutto la forma di governo, la posizione e i poteri del parlamento e i rapporti che avrebbero dovuto sussistere fra l'Impero e gli Stati membri, coi rispettivi ambiti di competenza e di autonomia politica [3].

[2] La citazione è tratta da R. GNEIST, *Die Eigenart des Preussischen Staats. Rede zur Gedächtnisfeier der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin am 3. August 1873*, Berlin 1873, p. 22, ove si parla della monarchia anche come del «presupposto assoluto della nostra costituzione». Per un giudizio più recente sulla monarchia e sul modello costituzionale prussiani, in una prospettiva storica di lungo periodo, si rinvia a H. O. MEISNER, *Die Monarchische Regierungsform in Brandenburg-Preussen*, in *Forschungen zu Staat und Verfassung. Festgabe für Fritz Hartung*, Berlin 1958, pp. 219-265, e a U. SCHEUNER, *Der Staatsgedanke Preussens*, in *Moderne Preussische Geschichte 1648-1947. Eine Anthologie*, hrsg. von O. BÜSCH - W. NEUGEBAUER, Berlin-New York 1981, pp. 26-73.

[3] Ernst-Wolfgang Böckenförde, a proposito dell'evoluzione costituzionale tedesca durante il XIX secolo, distingue tre ordini di problemi: quello nazionale (relativo all'unificazione politica), quello costituzionale (inerente agli organi dello Stato) e quello sociale. Dato l'argomento del presente saggio, l'attenzione sarà puntata principalmente sui primi due. Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Verfassungs-*

Depositari di una lunga vicenda, che aveva avuto quali episodi salienti i dibattiti della *Paulskirche* e le costituzioni bismarckiane del *Norddeutscher Bund* e del *Kaiserreich*, i lavori della futura Costituente, riunita a Weimar, avrebbero seguito dei sentieri in buona parte noti, nella ricerca di soluzioni nuove per problemi vecchi. In ciò, le forze democratiche e progressiste, seppure favorite dalla scomparsa della monarchia e dalla «smilitarizzazione» imposta dal Trattato di Versailles, avrebbero dovuto vedersela più volte coi partiti conservatori, il cui obiettivo dichiarato consisteva nel salvaguardare, per quanto possibile, le istituzioni dell'impero guglielmino [4]. Proprio per questo, nata dalle ceneri ancora ardenti del recente passato, la nuova

probleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main 1976, pp. 93-111 (in part. pp. 95-96).

[4] Basti ricordare, a questo proposito, alcune affermazioni fatte da esponenti – o contenute nei programmi – dei due partiti di destra: la Deutschnationale Volkspartei (DNVP) e la Deutsche Volkspartei (DVP). Per la DNVP – il cui presidente, nell'*Aufruf* del 27 dicembre 1918, aveva già dichiarato: «Siamo convinti che anche nella nuova costituzione democratica della Germania un vertice monarchico . . . corrisponda alle peculiarità storiche del nostro popolo, come pure al principio dell'efficacia politica» (cfr. *Die deutschen Parteiprogramme 1918-1930*, hrsg. von W. MOMMSEN - G. FRANZ, Leipzig-Berlin 1930, p. 18) –, il programma del 1920, al punto 4, riportava la seguente affermazione: «La forma Stato monarchica è conforme alle peculiarità e all'evoluzione storica della Germania. Posta al di sopra dei partiti, la monarchia garantisce nel modo più sicuro l'unità della nazione, la tutela delle minoranze, la stabilità degli affari di Stato e l'incorruttibilità della pubblica amministrazione. I singoli Stati della Germania debbono poter decidere liberamente circa la loro forma Stato: ma per l'Impero, noi propugnamo il ripristino della corona imperiale tedesca, istituita dagli Hohenzollern» (cfr. W. TREUE, *Deutsche Parteiprogramme 1861-1961*, Göttingen-Berlin-Frankfurt am Main 1961[3], p. 111).

Il programma della DVP, redatto il 19 ottobre 1919, al punto 3 recitava: «La DVP vede nella monarchia imperiale, da istituire per via legale e a seguito di una libera decisione popolare, il simbolo dell'unità tedesca e la forma Stato più adeguata alla natura e alla storia della nostra nazione» (*ibidem*, p. 118). Del resto, già in seno alla Costituente di Weimar, il deputato Heinze, nella seduta del 28 febbraio 1919, ribadì più volte la necessità di mantenere saldi i legami fra il presente e il passato bismarckiano, evitando lo scioglimento della Prussia ed escludendo ogni forma di *impeachment* nei riguardi del presidente dell'Impero eletto dal popolo (cfr. *VVDN*, CCCXXVI, pp. 396-400). Sulle correnti filomonarchiche nel periodo della repubblica, cfr. W. F. KAUFMANN, *Monarchism in the Weimar Republic*, New York 1953, e anche F. Freiherr VON GAERTRINGEN, *Monarchismus in der deutschen Republik*, in *Die Weimarer Republik. Belagerte Civitas*, hrsg. von M. STÜRMER, Königstein 1980, pp. 254-271.

costituzione avrebbe avuto un carattere più transitorio [5] che di aperta rottura, e di fatto sarebbe stata un po' l'immagine icastica di un paese, il quale, con scarsi mezzi e laceranti contrasti al suo interno, stava imboccando le vie della democrazia più per necessità coatta che per autentica vocazione [6].

L'esperimento weimariano, proprio perché scaturito dal «sostrato duraturo della monarchia costituzionale tedesca» [7], può essere valutato correttamente solo a partire da un'analisi del ruolo storico della monarchia prussiana, in quanto monarchia imperiale, che evidenzi a un tempo l'entità della crisi prodottasi col suo declino. Se a Weimar poté compiersi, formalmente, il passaggio alla democrazia e a una forma di governo mista presidenzial-parlamentare, ciò fu dovuto, infatti, non all'effettivo superamento del vecchio sistema di potere, ma alla necessità di fare i conti col suo retaggio e con le urgenze legate alla concreta situazione storica. Con la monarchia, il *Kaiserreich* aveva perso il proprio elemento portante, il principale fattore d'integrazione politica: ma molto di esso sopravviveva ancora, tanto nel potere della burocrazia, quanto nella rigidità ideologica dei partiti e nella loro scarsa disponibilità a collaborare [8]. Sul piano interno, inoltre, riacquistavano

[5] Il riferimento, in questo caso, è a Willibalt Apelt, il quale, ancora nel 1932, riteneva che la costituzione di Weimar servisse solo a regolamentare una «situazione di passaggio» e che occorresse riformarla, allo scopo di liberare le nuove forze emergenti della società tedesca (cfr. W. APELT, *Staatstheoretische Betrachtungen zur Reichsreform*, in *Festgabe für Richard Schmidt zu seinem siebzigsten Geburtstag*, Leipzig 1932, II, pp. 1-26, in part. p. 2). Sullo stesso tema si veda anche G. WALZ, *Das Ende der Zwischenverfassung*, Stuttgart 1933, benché l'orientamento politico dell'autore sia ben diverso da quello di Apelt.

[6] Su questo punto si rinvia principalmente a Th. ESCHENBURG, *Die improvisierte Demokratie. Gesammelte Aufsätze zur Weimarer Republik*, München 1963, e ai più noti K. D. BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des Machtfalls in der Demokratie*, Düsseldorf 1978, e G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino 1977.

[7] Cfr. F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano 1985, p. 33.

[8] Cfr. soprattutto G. A. RITTER, *Deutscher und Britischer Parlamentarismus. Ein verfassungsgeschichtlicher Vergleich*, Tübingen 1962, pp. 39-56; E. FRÄNKEL, *Historische Vorbelastungen des deutschen Parlamentarismus*, in dello stesso, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart 1964, pp. 13-31; M.

vigore le spinte centrifughe e particolaristiche, specie da parte bavarese, che Bismarck aveva saputo imbrigliare con la soluzione «federalistica» del 1871. Essa, da un lato, aveva sancito la preminenza prussiana all'interno del *Bundesrat* (con 17 seggi su 58) [9] e dall'altro aveva istituito due rapporti di unione personale fra le figure dell'imperatore e del re di Prussia [10], nonché, indirettamente, del cancelliere imperiale e del *Ministerpräsident* prussiano. Come notava Hermann Oncken ancora nel 1929, il crollo di questi tre pilastri fondamentali per l'edificio del vecchio

STÜRMER, *Koalitionen und Oppositionen: Bedingungen parlamentarischer Instabilität*, in *Die Weimarer Republik. Belagerte Civitas*, cit., pp. 237-253. Sui partiti politici in età weimariana, oltre alle già citate opere di Bracher e Rusconi, si ricordano ad esempio: G. RADBRUCH, *Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts*, in ANSCHÜTZ-THOMA, I, pp. 285-294; *Handbuch der Politik*. III: *Die politische Erneuerung*, hrsg. von G. ANSCHÜTZ et al., Berlin-Leipzig 1921, pp. 80-122 (con le voci curate da M. Pfeiffer, W. Goetz, O. Hugo, G. von Below, R. Hirsch e W. Dittmann); *Das Ende der Parteien 1933*, hrsg. von E. MATHIAS - R. MORSEY, Düsseldorf 1960; S. NEUMANN, *Die Parteien der Weimarer Republik*, Stuttgart 1965. Sul ruolo della burocrazia cfr. A. KÖTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlin-Leipzig 1928, e Th. ESCHENBURG, *Der Beamte in Partei und Parlament*, Frankfurt am Main 1952. Sull'attività parlamentare, cfr. soprattutto F. PÖTZSCH, *Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung*, in «JöRG», XII, 1925, pp. 1-248; XVII, 1929, pp. 1-141; XXI, 1933-34, pp. 1-204. Infine, sul retaggio guglielmino nei primi anni della Repubblica di Weimar, cfr. principalmente Th. ELLWEIN, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise. Zur Geschichte des Verfassungsstaats in Deutschland*, München 1954.

[9] Art. 6 della Costituzione del 16 aprile 1871 (cfr. *Dokumente*, II, pp. 289-305, n. 218). Il significato di questa supremazia si può meglio comprendere sulla scorta dell'art. 78 (p. 305), secondo il quale: «I mutamenti alla costituzione sono introdotti secondo la normale procedura legislativa. Sono da ritenersi respinti, qualora, all'interno del *Bundesrat*, abbiano ottenuto 14 voti contrari». Da notare inoltre che, a seguito della legge sulla costituzione dell'Alsazia-Lorena (31 maggio 1911; cfr. *Dokumente*, II, pp. 355-358, n. 245), questo territorio, sotto la diretta amministrazione dell'Impero, ebbe 3 seggi al *Bundesrat*. Vero è che tali seggi erano ritenuti ininfluenti qualora solo col loro aiuto l'opinione del *Präsidium* si trovasse a poter raggiungere la maggioranza. In ogni caso, il numero dei seggi del *Bundesrat* passò da 58 a 61.

[10] Non a caso nel 1916, Rudolf Smend osservava che: «il vertice dello Stato prussiano è un presupposto dell'impero e dunque anche del mantenimento della costituzione imperiale», al punto che la Prussia era a sua volta obbligata ad avere sempre e comunque un governo monarchico (cfr. R. SMEND, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin 1968, pp. 39-59, cit., p. 47).

Impero doveva porre alla Costituente di Weimar i problemi più gravi [11].

D'altra parte, chiunque voglia ricostruire a grandi linee l'insieme dei rapporti di potere che formavano l'ossatura dell'impero, e pervenire in tal modo a un giudizio preciso sulla monarchia costituzionale tedesca, deve vedersela con molteplici difficoltà. Ad alcune di esse non sarà male far cenno fin da ora. A parte le complicazioni tecniche, derivanti dal significato di termini come «costituzionale» e «costituzionalismo» nel contesto tedesco [12], si può dire che i punti più controversi riguardino, da un lato, la struttura federale dell'Impero, col suo complesso funzionamento interno [13], e dall'altro la maggiore o minore incidenza dell'elemento prussiano in rapporto ai problemi dell'unificazione e del conflitto sociale. Con quest'ultima affermazione non intendo chiamare in causa le argomentazioni di Carl Schmitt e la sua contrapposizione, peraltro abusiva, di «Stato militare prussiano» e «Stato costituzio-

[11] Cfr. H. ONCKEN, *Bismarck und Weimar*, in *Recht und Staat im Neuen Deutschland. Vorlesungen gehalten in der Deutschen Vereinigung für Staatswissenschaftliche Fortbildung*, hrsg. von B. HARMS, Berlin 1929, I, pp. 49-67.

[12] Fra i contributi più recenti si possono indicare, a titolo orientativo: K. O. Freiherr VON ARETIN, la voce *Konstitutionelle Monarchie*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, hrsg. von A. ERLER - E. KAUFMANN, Berlin 1978, II, coll. 1122-1125; H. BOLDT et al., la voce *Monarchie*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. BRUNNER - W. CONZE - R. KOSELLECK, IV, Stuttgart 1978, pp. 133-214 (in part. pp. 189-214). E inoltre: *Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte*, hrsg. von W. CONZE, Stuttgart 1967; H. BOLDT, *Deutscher Konstitutionalismus und Bismarckreich*, in *Das kaiserliche Deutschland. Politik und Gesellschaft 1870-1918*, hrsg. von M. STÜRMER, Düsseldorf 1970, pp. 119-142; *Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert* (Beihefte zu «Der Staat», 1, hrsg. von E.-W. BÖCKENFÖRDE, Berlin 1975; *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914)*, hrsg. von E.-W. BÖCKENFÖRDE unter Mitarbeit von R. WAHL, Königstein 1981^2. Infine, naturalmente, si veda *DVG*, I- II-III.

[13] Cfr. R. DIETRICH, *Einleitung. Ueber Probleme verfassungsgeschichtlicher Forschung in unserer Zeit*, in *Probleme des Konstitutionalismus*, cit. pp. 7-22 (in part. p. 14). Alla complessità dell'ordinamento imperiale fa riferimento anche Fritz Hartung (cfr. *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Stuttgart 1950^5, p. 280), specificando, giustamente, come essa derivi allo studioso soprattutto da una preferenza accordata alle categorie giuridico-costituzionali.

nale borghese» [14], ma riferirmi semmai alle concrete dimensioni istituzionali che l'«egemonia prussiana» venne

[14] Cfr. C. SCHMITT, *Compagine statale e crollo del Secondo Impero. La vittoria del borghese sopra il soldato*, in *Principi del nazionalsocialismo*, a cura di D. CANTIMORI, Firenze 1935, pp. 109-171 (tit. or. *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*, Hamburg 1934). Davvero singolare la versione qui offerta da Schmitt della storia politica tedesca, dal conflitto costituzionale prussiano agli ultimi anni della Repubblica di Weimar! Singolare già quando si pensa all'aggettivo «militare», da lui impiegato per qualificare la monarchia prussiana sotto Guglielmo I, e al dualismo esercito-parlamento, che egli pone alla base della costituzione dell'Impero (p. 117). Poiché l'imperatore deteneva una prerogativa assoluta sull'esercito – e dunque di fronte a quest'ultimo cessava «il diritto pubblico liberal-borghese» – ecco che, secondo Schmitt, si sarebbe istituita una polarizzazione fra la Prussia (ove l'esercito era niente di meno che «lo Stato nello Stato») e il resto dell'Impero, inteso come «Stato costituzionale borghese». Tale polarizzazione, poi, sarebbe stata radicata in un contrasto eterno e insolubile di tipi umani: «il contrasto *di cultura e proprietà contro stirpe e terra*» (p. 121). Da ciò, sempre secondo Schmitt, sarebbe sorto un conflitto interno «fra rivendicazioni totalitarie di direzione, di formazione e di educazione», del quale già il costituzionalismo ottocentesco sarebbe stata espressione: poiché «costituzione», in Germania, non significava «solo una limitazione dei poteri regi, ma prima di tutto una negazione delle basi e dell'efficacia dello Stato militare prussiano» (p. 128). In seguito, dopo che Bismarck ebbe compiuto l'errore (?) di accontentarsi dell'*Indemnitätsgesetz* del 1866, senza pensare piuttosto a un consolidamento della «statualità militare prussiana», furono le forze «liberal-borghesi» presenti nel *Reichstag* ad imporre sull'esercito un controllo sempre maggiore, un'esautorazione progressiva, la quale, in epoca bellica, sarebbe giunta all'apice, prima con le dichiarazioni del cancelliere Bethmann-Hollweg (4 agosto 1914), che ammettevano la violazione del diritto internazionale compiuta dalla Germania con l'invasione del Belgio, e poi con le leggi del 28 ottobre 1918, che sottrassero all'imperatore il comando supremo dell'esercito e della flotta. In conclusione: fu l'affermazione del principio parlamentare a determinare il crollo dell'Impero, e fu la condotta (il tradimento?) dei poteri civili (parlamento e governo) a decidere, in ultima analisi, l'esito avverso della guerra. Simili affermazioni da agitatore politico in camicia bruna non meriterebbero tanta attenzione, se non fosse per il pregiudizio e le esagerazioni che anch'esse alimentano (seppur indirettamente), circa il «militarismo» della Germania imperiale e l'influenza «preponderante» che l'esercito avrebbe svolto al suo interno. Per non fare che un esempio, si pensi a un testo, per molti versi lodevole, come G. A. CRAIG, *Il potere delle armi. Stato e politica nell'esercito prussiano 1640-1945*, Bologna 1984 (tit. or. *The Politics of the Prussian Army 1640-1945*, Oxford 1955; trad. di R. Falcioni), ove un'indagine condotta solo sulle strutture militari, separatamente dal resto della compagine statale, conduce poi l'autore a parlare, per il periodo 1871-1914, dell'esercito come dello «Stato nello Stato» (pp. 243-282). In effetti, già nel 1935 Fritz Hartung (cfr. *Staatsgefüge und Zusammenbruch des Zweiten Reiches*, ora in *Staatsbildende Kräfte der Neuzeit. Gesammelte Aufsätze*, Berlin 1961, pp. 376-392) aveva mostrato come, per un verso, lo «Stato militare prussiano» di Schmitt fosse simile, nel modello, alla Prussia di Federico il Grande, ma non certo a quella del periodo imperiale; e come, per l'altro, il *Reichstag* e le forze liberali si fossero spesso mostrati favorevoli a un potenziamento dell'esercito (in termini di uomini e mezzi), piuttosto che a una sua neutralizzazione come «nemico» politico. Per una più ampia trattazione

assumendo nel tempo, e al modo in cui seppero influire sull'evoluzione politica e sociale della Germania. Va da sé che un problema così vasto non potrà ricevere in questa sede una trattazione adeguata, né si potrà far luce fino in fondo sul ruolo dello Stato prussiano e della sua burocrazia nella vicenda complessiva dell'Impero [15]. Ma è certo, e lo si vedrà meglio in seguito, che il rapporto Prussia-Germania ha svolto, in tale vicenda, una funzione preminente, riproponendosi poi in età weimariana, tanto all'interno della Costituente – allorché si dovette discutere sull'even-

di questi temi, che non saranno oggetto del presente saggio, si rinvia a: O. BIELEFELD, *Das kaiserliche Heer. Studie zur Geschichte der Verfassungsentwicklung in Deutschland*, in «AöR», XVI, 1901, pp. 280-315; G. RITTER, *I militari e la politica nella Germania moderna*, I-III, Torino 1968-1973 (tit. or. *Staatskunst und Kriegshandwerk. Das Problem des «Militarismus» in Deutschland*, I-II, München 1954-60; trad. di G. Panzieri Saija); M. MESSERSCHMIDT, *Die Armee in Staat und Gesellschaft*, in *Das Kaiserliche Deutschland*, cit., pp. 89-118; dello stesso, *Militär und Politik in der Bismarckszeit und im Wilhelminischen Deutschland*, Darmstadt 1975; W. PETTER, *Armee und Flotte in Staat und Gesellschaft*, in *Das deutsche Kaiserreich. 1867/71 bis 1918. Bilanz einer Epoche*, hrsg. von D. LANGEWIESCHE, Freiburg-Würzburg 1984, pp. 117-126.

[15] A questo riguardo è d'obbligo il riferimento a H. GOLDSCHMIDT, *Das Reich und Preussen im Kampf um die Führung. Von Bismarck bis 1918*, Berlin 1931, un'opera ormai classica che ha ispirato gran parte degli studi successivi sullo stesso tema. Lo stesso si può dire per H. TRIEPEL, *Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*, Stuttgart 1938 (tr. it. *L'egemonia*, a cura di G. Battino, Firenze 1949, in part. pp. 598-638), ove si parla anche di una perdita d'egemonia, da parte della Prussia e in favore dell'Impero, a seguito dell'avvento al trono di Guglielmo II. Ad epoca più recente risalgono poi gli importanti lavori di Th. SCHIEDER (cfr. *Das deutsche Kaiserreich von 1870 als Nationalstaat*, Köln-Opladen 1961) e di Edgar Joseph FEUCHTWANGER (cfr. *Prussia. Myth and Reality. The Role of Prussia in German History*, London 1970). Il primo sostiene espressamente che: «L'idea dello Stato e la politica statale prussiana mantennero a lungo i propri tratti specifici, a scapito dell'idea liberale di Stato nazionale, ma lo fecero acquisendo l'aspetto di una nazionalità statale, che non voleva riconoscere, come fattore politico, le differenze etnico-linguistiche dei sudditi ad essa sottoposti» (p. 23). Il secondo, invece, vede nella fondazione dell'impero il punto di massima raggiunto dalla vecchia Prussia, la quale solo grazie a Bismarck seppe arginare il declino cui, dopo il 1848, appariva inevitabilmente condannata, causa l'incapacità delle sue istituzioni e delle sue *élites* di governo a far fronte alle esigenze della nuova società industriale. Infine, alle tesi di Triepel, paiono rifarsi, più o meno direttamente, i lavori di Manfred RAUH, *Föderalismus und Parlamentarismus im Wilhelminischen Reich*, Düsseldorf 1973, e *Die Parlamentarisierung des Deutschen Reiches*, Düsseldorf 1977 («Ma con l'unione dei vertici amministrativi della Prussia e dell'Impero, la sfera d'influenza prussiana doveva necessariamente restringersi dinnanzi al continuo e preponderante acquisto di potere da parte delle componenti imperiali... La costruzione bismarckiana dell'egemonia prussiana finì così per ritorcersi contro se stessa»; *ibidem*, p. 45).

tualità di uno smembramento della Prussia –, quanto nel campo della politica interna [16].

Di fronte a difficoltà siffatte, la soluzione forse più comoda, sul piano metodologico, sta nell'adozione di un modello analitico e nella sua applicazione al dato storico concreto. Questo non per verificare la validità scientifica del modello prescelto, ma, più modestamente, per individuare meglio alcuni elementi basilari anche per la presente trattazione. La monarchia costituzionale europea, come tentativo di far coesistere, in uno stesso ordinamento, i due principî del governo monarchico e della sovranità popolare, presenta alcuni tratti distintivi, fra i quali vanno elencati, innanzitutto, la regolarità delle sedute del parlamento, il diritto esclusivo di quest'ultimo all'approvazione del bilancio statale e la responsabilità ministeriale per gli atti del monarca. Questa complessa realtà istituzionale, maturata storicamente sul suolo inglese come prodotto di una lunga e continua evoluzione, fece la sua prima comparsa sul continente con la *Charte constitutionnelle* del 1814, rilasciata dal re di Francia Luigi XVIII. Si tratta però di stabilire se e in che misura essa abbia trovato un riscontro anche in Germania, al livello sia degli Stati singoli che, più tardi, dell'Impero.

Limitando l'indagine solo a quest'ultimo caso, si può assumere, come riferimento analitico, il modello della monarchia costituzionale tedesca che, in epoca ancor recen-

[16] Su quest'ultimo punto, oltre a F. PÖTZSCH, *Vom Staatsleben*, cit., si vedano: F. RACHFAHL, *Preussen und Deutschland in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, Tübingen 1919; F. ZAHN, *Preussen, Bayern und die Reichseinheit*, in *Handbuch der Politik*, III, cit., pp. 26-33; G. ANSCHÜTZ, *Das preussisch-deutsche Problem*, Tübingen 1922; F. STIER-SOMLO, *Die verfassungsmässigen Rechte des preussischen Staatsrats und die Folgen ihrer Nichtbeachtung*, in «AöR», NF, III, 1922, pp. 129-192; dello stesso, *Die verfassungsrechtliche Entwicklung in Preußen seit dem Jahre 1918*, in *Recht und Staat im Neuen Deutschland*, cit., I, pp. 249-279; E. EISEMANN, *Die Regierungsbildung im Reich und in Preussen 1919-1933*, Diss. Hamburg 1934; E. EIMERS, *Das Verhältnis von Preussen und Reich in den ersten Jahren der Weimarer Republik (1918-1923)*, Berlin 1969; G. KOTOWSKI, *Preussen und die Weimarer Republik*, in *Moderne preussische Geschichte*, cit., pp. 1572-1592; H. HOLBORN, *Prussia and the Weimar Republic, ibidem*, pp. 1593-1601.

te, è stato tipizzato da Ernst-Wolfgang Böckenförde [17] e che si basa sul presupposto secondo cui, in Germania, il passaggio dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale ebbe luogo non a seguito di una rivoluzione democratica, ma in virtù di una riforma promossa dall'alto [18]. Pur non negando l'importanza di grandi eventi come la Rivoluzione Francese e le guerre napoleoniche, né sottovalutandone la pressione sugli Stati tedeschi, Bökkenförde ritiene che l'affermarsi di un nuovo ordinamento politico, fondato sul primato della legge, sia stato opera, in questo caso, di una monarchia capace di riformarsi, di pilotare le proprie trasformazioni e di determinare, controllandolo, anche il mutamento della società civile. «Nell'ambito del Sacro Romano Impero, i monarchi, come signori e principi territoriali, e non un parlamento per ceti o un movimento democratico, erano divenuti i portatori e i punti di cristallizzazione dello sviluppo statuale» [19]. Di qui anche la tesi della continuità, nel segno della *monarchische Herrschaft*, fra l'esperienza assolutistica e quella monarchico-costituzionale, laddove quest'ultima, a giudizio dell'autore, sarebbe coincisa con una lunga fase transitoria, conclusasi poi con l'avvento del governo parlamentare [20]. Dalla scienza giuridica e politica del XIX secolo,

[17] Cfr. E.-W. Böckenförde, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 146-170. Una prima versione di questo saggio si trova in *Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte*, cit. pp. 70-92, mentre la versione qui utilizzata è pure reperibile in E.-W. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, cit., pp. 112-145. Le citazioni che seguono sono tratte dalla prima delle tre raccolte.

[18] *Ibidem*, p. 155.

[19] *Ibidem*, p. 149.

[20] La transitorietà o meno della forma monarchico-costituzionale è stata al centro, com'è noto, della polemica fra Böckenförde e Ernst Rudolf Huber, del quale si vedano in particolare: *Die Bismarcksche Reichsverfassung im Zusammenhang der deutschen Verfassungsgeschichte*, in *Bewahrung und Wandlung. Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Berlin 1975, pp. 62-106, e anche in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, cit. pp. 170-207; come pure *DVG*, III, pp. 3-26. Tale problematica si intreccia con l'altra, più generale, circa la continuità dell'esperienza costituzionale tedesca e dell'Impero come punto di collegamento fra due epoche – magari nella forma del «compromesso dilatorio» teorizzata da Schmitt –, o viceversa come formazione autonoma e distinta

questo sviluppo ebbe la propria legittimazione nella dottrina del principio monarchico, che Böckenförde indica come il primo, immancabile connotato della monarchia costituzionale tedesca. Oltre ad esso, come caratteri distintivi, egli segnala: la presenza di una costituzione rilasciata dal re, l'esercizio della funzione legislativa da parte del re e della rappresentanza popolare (la quale pertanto dispone di un potere positivo solo entro i limiti di questa collaborazione alla stesura delle leggi), il governo e l'amministrazione come sfere riservate alla monarchia e la prerogativa assoluta di quest'ultima sull'esercito (*Kommandogewalt*).

Ponendo ora a confronto il modello con la realtà dell'Impero, ci si può chiedere se e fino a che punto questa schematizzazione sia efficace. Ciò non solo per il fatto che la costituzione del 16 aprile 1871 fu formalmente concordata dai sovrani e principi tedeschi e dai senati delle tre città libere [21], ma anche per altre ragioni. L'imperatore, ad

da quella assolutistica e da quella democratico-parlamentare. In effetti, come dimostra Hans Boldt (cfr. *Deutscher Konstitutionalismus und Bismarcksreich*, cit.), la compresenza in un unico sistema del principio monarchico e di quello parlamentare (rappresentata, fra l'altro, sia dai poteri di governo dell'imperatore, sia, per altri versi, dal suffragio universale ed eguale e dal controllo parlamentare del *budget*), se da un lato non godeva, come nel caso inglese, della «legittimità» derivante da una lunga tradizione storica (cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Verfassungstyp*, cit., p. 161), era però destinata ad attivare un potente integratore politico e sociale, almeno fino agli anni della guerra. Il «governo monarchico» permise infatti di controllare i conflitti di classe, nei termini di una strategia politica il cui strumento fu la riforma sociale e il cui bersaglio principale fu la socialdemocrazia. Sul problema continuità-discontinuità si veda anche il recente W. CONZE, *Das Deutsche Reich in der deutschen Geschichte: Bruch oder Kontinuität*, in *Das Deutsche Kaiserreich. 1867/71 bis 1918*, cit., pp. 14-27.

[21] Questo si desume già dal preambolo del documento costituzionale (cfr. *Dokumente*, II, n. 218, p. 290), che recita: «Sua Maestà il re di Prussia, in nome del *Norddeutscher Bund*, insieme con Sua Maestà il re di Baviera, con Sua Maestà il re del Württemberg, con Sua Altezza Reale il Granduca del Baden e Sua Altezza Reale il granduca d'Assia e Rhein (per i territori del granducato d'Assia posti a sud del Meno), stipulano un patto eterno di unione allo scopo di difendere il territorio confederato e il diritto vigente entro i suoi confini, come pure di tutelare il benessere del popolo tedesco . . .». Va da sé che come «presidente» del *Norddeutscher Bund*, il re di Prussia deliberasse a nome degli Stati ad esso aderenti, ossia: Sassonia, Mecklenburg-Schwerin, Sachsen-Weimar-Eisenach, Mecklenburg-Strelitz, Oldenburg, Braunschweig-Lüneburg, Sachsen-Meiningen-Hildburghausen, Sachsen-Altenberg, Sachsen-Koburg-Gotha, Anhalt,

esempio, deteneva il potere di governo non come monarca in senso stretto, ma come titolare del *Präsidium* di uno Stato federale [22]. Se da un lato la «presidenza» gli spettava per diritto proprio (in quanto re di Prussia) e non perché eletto dagli altri sovrani [23], dall'altro, però, egli doveva agire per conto dei governi riuniti e solo nelle questioni di pertinenza dell'Impero – salvo naturalmente esercitare i poteri di monarca in tutti gli affari interni della Prussia. La nomina dei funzionari imperiali era di sua esclusiva

Schwarzburg-Rudolstaat, Schwarzburg-Sondershausen, Waldeck-Pyrmont, Reuss ältere Linie, Reuss jüngere Linie, Schwarzburg-Lippe, Lippe, Amburgo, Lubecca, Brema, Assia-Rhein (a nord del Meno). Il carattere «contrattuale» delle costituzioni del *Norddeutscher Bund* e dell'Impero suscitò un vivace dibattito fra i giuristi, impegnati a stabilire se si trattasse di veri e propri atti di fondazione di nuovi Stati o non piuttosto di trattati di diritto internazionale, limitati a determinate questioni d'interesse comune. Alla prima linea interpretativa aderirono, fra gli altri, Georg Meyer (cfr. MEYER-ANSCHÜTZ, pp. 168-214, in part. pp. 190-196), Friedrich von Martitz (cfr. *Betrachtungen über die Verfassung des Norddeutschen Bundes*, Leipzig 1889). Alla seconda era principalmente associato il nome di Max von Seydel (cfr. *Der Bundesstaatsbegriff*, «Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft», XXVIII, 1872, pp. 185-256 – anche in *Staatsrechtliche und politische Abhandlungen*, Freiburg i.B.-Leipzig 1893, I, pp. 1-89; e *Commentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich*, Würzburg 1873, pp. 5-8). Critico nei riguardi di Seydel era Albert Hänel (cfr. *Studien zum deutschen Staatsrechte*, Leipzig 1873, I, pp. 53-55, e *Deutsches Staatsrecht*, Leipzig 1892, I, p. 29), secondo il quale una volta approvata, come fu, dai vari *Landtage*, la costituzione del *Norddeutscher Bund* ebbe immediatamente valore anche all'interno degli Stati singoli, abrogando automaticamente quelle leggi che, fino ad allora, avevano regolato le materie da essa coperte. Per una panoramica sull'intero dibattito, cfr. C. BORNHAK, *Die vertragsmässigen Grundlagen der Reichsverfassung*, in «AöR», VII, 1892, pp. 329-364, come pure G. GROSCH, *Die Gründung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches. Eine kritische Studie*, in «AöR», XXIX, 1912, pp. 126-187.

[22] Cfr. *Dokumente*, II, n. 218, p. 293 (art. 11 della costituzione imperiale). Di grande interesse al riguardo è lo studio comparato di Rudolph Steinbach (cfr. *Die rechtliche Stellung des Deutschen Kaisers verglichen mit der des Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika*, Leipzig 1903), che gioca sull'accostamento fra le costituzioni imperiale e degli Stati Uniti, con riferimento ai poteri dell'imperatore e del presidente americano. Sulla posizione giuridica dell'imperatore, cfr. R. FISCHER, *Das Recht des deutschen Kaisers*, Berlin 1895; C. BORNHAK, *Die verfassungsrechtliche Stellung des deutschen Kaisertums*, in «AöR», VIII, 1899, pp. 425-479; H. REHM, *Das rechtliche Wesen der Deutschen Monarchie*, in «AöR», XXV, 1909, pp. 393-406; MEYER-ANSCHÜTZ, pp. 270-278; P. LABAND, *Deutsches Reichstaatsrecht*, Tübingen 1907, pp. 52-56.

[23] Su questo punto si confrontino le posizioni di Laband (*ibidem*) con quelle esposte in H. O. MEISNER, *Staats- und Regierungsformen in Deutschland seit dem 16. Jahrhundert*, in «AöR», LXXVII, 1951-52, pp. 225-265 (in part. p. 256).

competenza [24], mentre la funzione legislativa, oltre che da lui [25], era svolta separatamente dal *Bundesrat*, come rappresentanza dei governi confederati, e dal *Reichstag*, come rappresentanza nazionale. Quest'ultimo, mediante il suo diritto all'approvazione del bilancio pubblico [26], era nella condizione di controllare sia il governo che l'esercito, pur non disponendo ancora di uno strumento decisivo come il voto di fiducia. Infine, per ciò che riguarda l'esercito (ma non la flotta), va detto che la prerogativa assoluta dell'imperatore valeva solo in tempo di guerra, essendo demandato al legislatore (dal 1 gennaio 1872) il compito di definire il numero e la dotazione d'uomini dei contingenti di pace [27].

Queste semplici osservazioni, desumibili direttamente dal testo costituzionale, hanno però il limite di cogliere solo il lato formale della questione e non quello politicamente concreto. Le conclusioni erronee o parziali cui potrebbero condurre vanno quindi evitate con un'analisi dell'ordina-

[24] Secondo l'art. 18 della costituzione imperiale. Cfr. *Dokumente*, II, n. 218, p. 294.

[25] Il riferimento, in questo caso, è agli artt. 5, 16 e 17 della costituzione imperiale (*Dokumente*, II, pp. 291-292, 294). All'art. 5, comma 2, è previsto che i progetti di legge in materia di esercito, marina, dogane e imposte su alcuni generi di produzione interna siano approvati col parere del *Präsidium*, qualora nel *Bundesrat* vi sia divergenza di opinioni e nel caso in cui tale parere propenda per la conservazione delle istituzioni esistenti. All'art. 16 è previsto che i progetti di legge siano sottoposti al *Reichstag*, in nome dell'imperatore e sulla base delle delibere del *Bundesrat*. Infine, all'art. 17 si legge: «All'imperatore spetta la redazione e la promulgazione delle leggi imperiali, nonché la sorveglianza sulla loro esecuzione». Sull'intera questione, cfr. G. MEYER, *Der Antheil der Reichsorgane an der Reichsgesetzgebung*, in *Festgabe für Rudolf von Gneist zum 50. Doktorjubiläum*, Jena 1888 (rist. Aalen 1974), pp. 1-98, e W. FRORMANN, *Die Beteiligung des Kaisers an der Reichsgesetzgebung*, in «AöR», XIV, 1899, pp. 31-92.

[26] Si vedano gli artt. 69-73 della costituzione imperiale (*Dokumente*, II, p. 239).

[27] Cfr. l'art. 60 della costituzione imperiale (*Dokumente*, II, p. 237). Fino al 31 dicembre 1871, le forze di pace dell'impero erano calcolate nella misura dell'1% della popolazione del 1867. In seguito, com'è noto, il governo imperiale, presieduto da Bismarck, avrebbe ingaggiato col *Reichstag* una dura lotta sull'attuazione di questo articolo, ottenendo un successo più che parziale, tramite l'approvazione dei «settennati». Su questo punto, oltre alla bibliografia riportata alla nota 14, si veda H. PREUSS, *Friedenspräsenz und Reichsverfassung. Eine staatsrechtliche Studie*, Berlin 1887[2].

mento imperiale, che ne evidenzi «dall'interno» la complessità e mostri come essa non derivasse solo dal gioco di competenze e limitazioni fissate dalla costituzione, ma soprattutto dalla crescita progressiva dei compiti dell'Impero e dal modo in cui, di conseguenza, i rapporti di potere vennero modificandosi per effetto della prassi politica. Fu proprio questa, infatti, a permettere a certi organi di interferire sempre più stabilmente nella sfera riservata ad altri, sì da condurre a modifiche sostanziali nell'intero quadro istituzionale. La costituzione del 1871 era nata, innanzitutto, allo scopo di perfezionare ed estendere, con l'inclusione di altri membri, il sistema politico che aveva visto la luce nel 1867, col nome di Confederazione nordtedesca (*Norddeutscher Bund*). Una lega di Stati, destinata a tutelare interessi comuni di natura economica e militare, era così venuta evolvendo in senso statuale, fino ad acquisire una personalità di diritto pubblico, con organi e finalità suoi propri [28]. Ma è indubbio che la nuova costituzione avrebbe pure dovuto fissare, ufficialmente, la configurazione di potere determinatasi in Germania a seguito del conflitto austro-prussiano del 1866 e della guerra franco-prussiana del 1870/71 [29]. Sotto questo aspetto, difficilmente avrebbero potuto mancare le incongruenze, le lacune del diritto scritto, tali da permettere al «diritto non scritto» di svolgere una funzione determinante nella vita politica del nuovo Stato. E in seguito, quando l'amministrazione imperiale venne assumendo dimensioni sempre più vaste [30], in conformità con gli impegni cui era chiamata a far fronte, anche la struttura federale dell'impero prese ad

[28] Su questo punto si rinvia alla letteratura e al dibattito riferiti alla nota 21. Ma si vedano, in aggiunta, L. BERGSTRÄSSER, *Geschichte der Reichsverfassung*, Tübingen 1914, e *DVG*, III, pp. 641-680 e 703-808.

[29] Una situazione che, per inciso, se da un lato sanciva il predominio militare prussiano sulla Germania, dall'altro – e proprio per questo –, di una Germania unita sotto la monarchia di Prussia avrebbe fatto una potenza centroeuropea, in grado di alterare gli equilibri internazionali e minacciare la pace.

[30] Sulla storia dell'amministrazione imperiale, lo studio più ampio – anche se limitato alla sola età bismarckiana – rimane R. MORSEY, *Die oberste Reichsverwaltung unter Bismarck, 1867-90*, Münster 1957. Si vedano però, oltre a *DVWG*, III, pp. 138-185, H. JACOB, *German Administration since Bismarck*.

evolvere in senso unitario (non nella forma, ma nella sostanza), favorendo una concentrazione di potere nelle mani dell'imperatore e del *Reichstag*, a scapito del *Bundesrat* e dei governi confederati.

Stando alla definizione canonica di Paul Laband: «Il *Kaiser* è, in primo luogo, come re di Prussia, un membro dell'impero, e poi un organo del medesimo» [31]. Nella propria persona egli riunisce sia i poteri di monarca, fissati dalla costituzione prussiana del 1850, sia i *Präsidialbefugnisse* che gli derivano dalla costituzione imperiale [32]. Questi ultimi, di fatto, non sono che un diritto riservato della corona di Prussia [33]. Ci si domanda allora se le due sfere di potere, distinte in sede giuridica, lo fossero anche nella prassi politica, tenuto conto che, data la sua posizione, il re di Prussia era «il solo principe confederato» che

Central Authority versus Local Autonomy, New Haven-London 1963, pp. 22-66; J. RÖHL, *Beamtenpolitik im Wilhelminischen Deutschland*, in *Das Kaiserliche Deutschland*, cit., pp. 287-311.

[31] Cfr, P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, cit., p. 53.

[32] Il legame fra la corona di Prussia e la dignità imperiale è inteso da Laband anche nel senso per cui: «se, in base ai principî del diritto costituzionale prussiano, il re deve essere rappresentato da un reggente, tale sostituto dovrà allora assumere anche la carica presidenziale dell'Impero ed esercitare i diritti di presidenza della confederazione assegnati alla corona prussiana» (*ibidem*).

[33] Questa circostanza è ammessa da Laband solo con riserva. Egli sostiene infatti: «Il diritto alla presidenza federale è un diritto particolare del re di Prussia solo nel senso per cui non si riferisce alla competenza dell'Impero rispetto agli Stati singoli, ma alla partecipazione all'attività decisionale dell'Impero stesso» (cfr. P. LABAND, la voce *Kaiser*, in K. Freiherr VON STENGEL, *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrecht*, hrsg. von M. FLEISCHMANN, Tübingen 1911, II, pp. 483-485, cit. p. 484). D'altra parte, Philipp Zorn ritiene che i diritti imperiali appartengano indissolubilmente alla corona di Prussia, solo perché trasmessi alla medesima dal "titolare della sovranità", ossia dall'unità corporata dei sovrani tedeschi: che dunque si tratti di una delega, seppure irrevocabile. Ma in tal modo egli è costretto poi a definire la dignità imperiale non come fondata in se stessa, bensì come «onoraria e quasi-funzionariale» (cfr. Ph. ZORN, la voce *Kaiserthum*, in *Rechtslexikon*, hrsg. von F. von HOLTZENDORFF, Leipzig 1881^3, II, pp. 426-429). In effetti, questo importante cardine dell'«egemonia prussiana», per la sua natura squisitamente politica, poco si prestava ad essere trattato con la tecnica formalizzante dei giuristi. È questo uno dei casi in cui, di riflesso, assume rilievo il giudizio di Thomas Ellwein, secondo il quale: «La dottrina dello Stato e il diritto pubblico assomigliavano più spesso ad un'apologia dei rapporti esistenti, e dunque ad un rispecchiamento dell'idea di Stato» (cfr. *Das Erbe der Monarchie*, cit., p. 200).

partecipasse «individualmente al governo dell'impero», mentre gli altri sovrani potevano agire «solo collegialmente, mediante lo strumento del *Bundesrat*» [34]. In caso di risposta affermativa, la forma Stato dell'Impero avrebbe potuto qualificarsi come «repubblica di príncipi» [35], con un governo dinastico-presidenziale e col *Bundesrat* a fungere, propriamente, da organo titolare della sovranità. Nell'eventualità opposta, si sarebbe trattato di una monarchia costituzionale, con assetto federativo, contraddistinta politicamente dall'egemonia di uno Stato membro e con potere di governo ripartito fra due organi di diversa importanza: il *Bundesrat* e l'imperatore. In quest'ultima ipotesi, l'egemonia prussiana sarebbe stata, fra le altre cose, il garante politico sia del buon andamento degli affari di Stato, sia del mantenimento della stessa costituzione imperiale [36].

Per risolvere il problema, che come si vedrà è ancor più complesso di quanto appaia, è necessario indagare più a fondo sulla natura dell'esecutivo imperiale. Solo in questo modo, probabilmente, si può far fronte all'incompletezza e alla contraddittorietà con le quali gli organi dell'Impero vengono definiti dalla carta costituzionale [37]. E solo così, certamente, si può tentare di far chiarezza fra le tante interpretazioni divergenti che la storiografia ha avanzato circa l'identità storica dell'impero bismarckiano-guglielmino [38]. In un importante contributo del 1916, Hermann Rehm sosteneva che:

[34] Cfr. P. LABAND, *Kaiser*, cit., p. 484.

[35] Cfr. H. O. MEISNER, *Staats- und Regierungsformen*, cit., p. 256.

[36] Cfr. S. SMEND, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht*, cit., pp. 47-48.

[37] L'imprecisione del documento costituzionale è riconosciuta anche dai giuristi. Si vedano ad esempio J. VON HELD, *Verfassung des deutschen Reiches*, Leipzig 1872, p. 86, e C. BORNHAK, *Die verfassungsrechtliche Stellung*, cit., p. 443.

[38] Per non ricordarne che alcune, si pensi innanzitutto all'opera di Hans Ulrich Wehler, ove si afferma espressamente il carattere «semiassolutistico» e «pseudocostituzionale» dell'impero, nonché di una struttura di potere che «si mantenne di fatto . . . istituzionalmente, con un velo giuridico-costituzionale» (cfr. *L'impero guglielmino 1871-1918*, Bari 1981, p. 71 [tit. or. *Das deutsche Kaiserreich 1871-1918*, Göttingen 1973; trad. di F. Vianello]). Oppure al termine «cesarismo», più volte impiegato da Michael Stürmer (cfr. *Regierung und Reichstag im*

«Esistono due organi superiori dell'esecutivo: l'imperatore e il *Bundesrat*. Entrambi, insieme, rappresentano ciò che al livello degli Stati membri si designa come autorità suprema dello Stato. Ma politicamente queste distinzioni sono irrilevanti. Politicamente non ha importanza stabilire in nome di chi l'autorità statale governa, ma se governa: e l'imperatore lo fa. E politicamente l'Impero non ha una doppia guida, poiché, dal punto di vista del potere effettivo, il *Bundesrat* non è un organo guida, ma solo un organo amministrativo. Fin dall'inizio, esso non è mai stato capace di esercitare una diretta influenza sulla politica e, col passare del tempo, questa sua condizione di inferiorità si è ulteriormente acuita» [39].

Con ciò, Rehm non faceva che ribadire una tesi già espressa anni prima da Heinrich Triepel [40] e da Ludwig Bergsträsser [41]: quella per cui l'influenza prussiana e il ruolo del cancelliere dell'impero avevano praticamente sottratto al *Bundesrat* varie competenze di carattere decisionale [42]. In questo modo, non solo il principio unitario era venuto affermandosi nella prassi su quello federativo, ma anche la distribuzione del potere fra gli organi dell'Impero era mutata, in assenza di mutamenti analoghi nella costituzione formale. Il *Kaiserreich* possedeva, a quel punto, quasi tutti i caratteri di una monarchia costituzionale [43], al cui interno, data la debolezza dei «governi riu-

Bismarcksstaat 1871-1918, Düsseldorf 1974) a proposito di una struttura statuale che, secondo l'autore, si sosteneva su di una costante minaccia di colpo di Stato (su quest'ultimo aspetto, cfr. E. ZECHLIN, *Staatsstreichspläne Bismarcks und Wilhelm II*, Leipzig 1929). A Bracher si deve la definizione dell'impero come forma di «semiassolutismo monarchico anacronistico» (cfr. *Die Auflösung*, cit., p. 11), ripresa e fatta propria anche da Wehler (cfr. *L'impero guglielmino*, cit. p. 72). Infine, W. Mommsen parla espressamente di «sistema semicostituzionale con aggiunta di partitismo statale» (cfr. *Das deutsche Kaiserreich als System umgangener Entscheidungen*, in *Vom Staat des ancien régime zum modernen Parteienstaat. Festschrift für Theodor Schieder*, München 1978, p. 245).

[39] Cfr. H. REHM, *Das politische Wesen der deutschen Monarchie*, in *Festgabe für Otto Mayer zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 1916, pp. 59-90 (cit. pp. 86-87. Gli spaziati sono miei).

[40] Cfr. H. TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus*, Tübingen 1907.

[41] Cfr. L. BERGSTRÄSSER, *Geschichte der Reichsverfassung*, cit., p. 100.

[42] Si trattava principalmente dei poteri sanciti dall'art. 11, commi 2 e 3, della costituzione imperiale, relativi all'approvazione delle dichiarazioni di guerra e dei trattati internazionali stipulati dall'imperatore.

[43] Accolgo, su questo punto, il parere di Huber (*DVG*, III, p. 814), che mi

niti», non restavano a fronteggiarsi che due poteri unitari: il governo monarchico e la rappresentanza nazionale. La disparità fra loro esistente, dovuta al fatto che il *Reichstag* non aveva alcun controllo formale sulla nomina del cancelliere e dei segretari di Stato, si sarebbe via via attenuata negli anni della guerra [44], fino al momento in cui, con la legge di revisione costituzionale del 28 ottobre 1918 [45], anche in Germania fu ufficialmente introdotto l'istituto della fiducia parlamentare. Ma com'è noto, all'indomani di questa legge, mentre la parlamentarizzazione poteva già dirsi compiuta, la monarchia tedesca cessò di esistere.

Questo processo di ascesa e declino della monarchia imperiale ha forse la miglior chiave di lettura nella figura del cancelliere dell'Impero, e soprattutto nel modo in cui essa venne definendosi già a partire dalla seconda metà degli anni '60. La comparsa di quest'organo cardine della compagine governativa fu ciò che, più di ogni altra cosa, distinse dalle esperienze passate gli ordinamenti del *Norddeutscher Bund* e dell'Impero. Per fare un esempio, si pensi alla costituzione francofortese del 1849: essa non solo non prevedeva la presenza di un cancelliere, ma neppure chiariva se l'insieme dei ministri, menzionati nel suo testo, dovesse agire collegialmente o sotto la direzione di un capo di gabinetto [46]. Lo stesso si può dire anche per i progetti di riforma del vecchio *Deutscher Bund* [47]. Solo all'indomani del conflitto austro-prussiano del 1866, quan-

pare più convincente di quello di Laband (cfr. *Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung*, in «JöRG», I, 1907, pp. 1-46), secondo il quale l'evoluzione politica dell'impero avrebbe conferito alla figura dell'imperatore solo una «parvenza di diritto monarchico» (p. 15).

[44] Anche in questo caso, il riferimento è soprattutto a M. RAUH, *Die Parlamentarisierung*, cit., pp. 454-456. Ma si veda pure E. MATTHIAS - R. MORSEY, *Die Regierung des Prinzen Max von Baden*, Düsseldorf 1962.

[45] Cfr. *Dokumente*, II, pp. 484-485, n. 350.

[46] E tuttavia, ai §§ 73-74, parlava espressamente di «ministri responsabili», nominati dall'imperatore, e della controfirma «di almeno un ministro imperiale» per la validità degli atti di governo (cfr. *Dokumente*, I, pp. 304-324, n. 102).

[47] In particolare per i *Frankfurter Reformakte* del 1°settembre 1863 (cfr. *Dokumente*, II, pp. 124-134, n. 107) e per il progetto di riforma prussiano del 10 giugno 1886 (cfr. *Dokumente*, II, pp. 200-203, nn. 166a e 166b).

do Bismarck cominciò a preparare la fondazione del *Norddeutscher Bund*, si pose il problema di definire formalmente un istituto ministeriale, cui attribuire la responsabilità giuridica di tutti gli atti del governo. Già il preprogetto, elaborato da Max Duncker nell'estate di quell'anno, al § 34, prevedeva che: «Il re di Prussia esercita, mediante ministri da lui istituiti, i diritti assegnati al *Präsidium* federale. Tutti gli atti esecutivi e legislativi dello stesso *Präsidium*, per essere validi, necessitano della controfirma di un ministro responsabile» [48]. Più tardi, il 5 dicembre 1866, durante la riunione berlinese dei delegati dei governi nord-tedeschi, il governo prussiano presentò un progetto di costituzione, ove, all'art. 13, era scritto che «il *Präsidium* nomina il cancelliere federale, il quale, all'interno del *Bundesrat*, detiene la presidenza e dirige i lavori» [49].

Tale formula, certamente, non chiariva nulla circa la posizione giuridica di questa nuova figura istituzionale, ma è pure indubbio che non potesse trattarsi di un ministro autonomo e responsabile, quanto, semmai, di un funzionario prussiano, il quale, «sottoposto al [suo] ministero per gli affari esteri, doveva ricevere da esso le proprie istruzioni» [50]. Nei propositi di Bismarck, condivisi del resto anche dagli altri governi confederati, non avrebbe dovuto esserci alcun esecutivo federale, ma solo degli organi legislativi (il *Bundesrat* e il *Reichstag*), affiancati dal *Präsidium*, cui sarebbe spettato il compito di rappresentare la Confederazione nei rapporti con l'estero, di concludere trattati (col benestare del *Bundesrat*) e di dirigere, con pieni poteri, gli affari militari. Le decisioni di tutti questi organi sarebbero poi state attuate non da un governo fe-

[48] Cfr. H. Triepel, *Zur Vorgeschichte der Norddeutscher Bundesverfassung*, in *Festschrift für Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag*, Weimar 1911, pp. 589-644 (in part. l'appendice 1, pp. 631-641).

[49] Cfr. K. Binding, *Deutsche Staatsgrundgesetze*, Heft I, Leipzig 1907⁴, p. 85. Sul progetto prussiano si veda anche in *DVG*, III, pp. 649-651.

[50] Cfr. E. Rosenthal, *Die Reichsregierung. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, in *Festgabe der Juristischen Fakultät Jena für August Thon*, Jena 1911, pp. 333-411 (cit. pp. 340-341).

derale autonomo, ma dallo *Staatsministerium* prussiano, ossia da funzionari nominati dal loro re e diretti da un altro funzionario (il cancelliere federale) che, come capo della delegazione prussiana, avrebbe anche dovuto dirigere i lavori del *Bundesrat*. Un simile programma, se tradotto in realtà, avrebbe certo giustificato le critiche di Albert Hänel, il quale, anni dopo, parlando del *Norddeutscher Bund*, giunse ad affermare che gli incarichi amministrativi, trasmessi alla Confederazione dai governi affiliati, non erano che «diritti egemonici, estranei all'organizzazione federale, che la Prussia, come Stato singolo, deteneva sugli altri Stati confederati» [51]. D'altronde, benché si possa dissentire da giudizi così perentori [52], va detto che anche in seguito, almeno fino al 1878, i ministri preposti al disbrigo degli affari federali, in qualità di *Ressort-Chefs*, furono comunque irresponsabili dinnanzi al *Reichstag*, mentre continuarono a rispondere del loro operato davanti al *Landtag* prussiano [53].

Ma per quanto avallate dai delegati degli altri governi, le mire prussiane dovevano incontrare delle resistenze all'interno dell'Assemblea Costituente del *Norddeutscher Bund*, riunitasi per la prima volta il 4 marzo 1867. Proprio in quella sede, nonostante la caoticità dei dibattiti che vi si svolsero, la rappresentanza nazionale nord-tedesca lasciò intendere di non essere disposta né ad accettare il monopolio politico della Prussia, né a limitarsi ad una semplice collaborazione in campo legislativo. La corretta attuazione del principio della divisione dei poteri richiedeva un col-

[51] Cfr. A. HÄNEL, *Die organisatorische Entwicklung der deutschen Reichsverfassung*, in *Studien zum deutschen Staatsrechte*, II/1, Leipzig 1880, pp. 11.

[52] Si veda soprattutto la critica in J. GRASSMANN, *Der Reichskanzler und das preussische Staatsministerium. Ein Beitrag zur Würdigung der Hänelschen Theorie der Reichsgewalt*, in «AöR», XI, 1896, pp. 309-347.

[53] Ai sensi dell'art. 61 della costituzione prussiana, questa responsabilità – seppur solo giuridica e non politica – avrebbe potuto creare dei problemi, qualora fossero emerse delle incompatibilità fra gli affari federali e gli interessi della Prussia. Tale articolo infatti prevedeva che: «I ministri, su delibera di una delle due camere, possono essere imputati dei reati di violazione della costituzione, di corruzione e di tradimento. Su imputazioni siffatte decide poi il tribunale supremo della monarchia a senati congiunti» (cfr. *Dokumente*, I, pp. 401-414, n. 168).

legamento formale fra gli organi legislativi e il ministero, quale organo supremo dell'amministrazione alle dirette dipendenze del *Präsidium* [54]. E dal momento che il *Bundesrat*, come titolare della sovranità, non poteva essere responsabile, mentre il governo prussiano, come titolare dell'esecutivo, lo era già nei riguardi del suo *Landtag*, l'unica soluzione parve consistere nell'esigere la responsabilità dei ministri anche dinnanzi al parlamento federale [55].

Furono quindi avanzate, su alcuni articoli, varie proposte di emendamento, dalle quali, in sede di dibattito, emersero anche con chiarezza le difficoltà politiche cui la costituzione federale sarebbe andata incontro. I deputati Ausfeld e Schulze, per l'art. 11, proposero di inserire al comma 1 l'espressione «ministri responsabili» a, al comma 4, la formula: «Tutti gli atti di governo del *Präsidium* federale, per essere validi, necessitano della controfirma di almeno un ministro, il quale in tal modo ne assume la responsabilità dinnanzi al *Bundesrat* e al *Reichstag*» [56]. Per lo stesso articolo, i deputati Erxleben, Jensen e Zachariae ritennero invece più opportuno un emendamento che vincolava il *Präsidium* alla collaborazione col *Bundesrat*, nei limiti previsti dalla costituzione, e che introduceva la responsabilità ministeriale dinnanzi al *Reichstag* per tutte le disposizioni del *Präsidium* medesimo [57]. Come osservava

[54] Su questi aspetti e, in generale, sul problema della divisione dei poteri nelle costituzioni del *Norddeutscher Bund* e dell'Impero, vanno pure ricordati i due saggi di Hugo PREUSS, *Die organische Bedeutung der Art. 15 und 17 der Reichsverfassung*, in «Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft», XLV, 1889, pp. 420-449, e *Die Organisation der Reichsregierung und die Parteien* (1890), in *Staat, Recht und Freiheit. Aus 40 Jahren deutscher Politik und Geschichte*, Hildesheim 1964, pp. 172-200.

[55] Cfr. H. TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus*, cit., p. 35. In effetti, come notava il liberale Eduard Lasker in uno dei suoi interventi alla Costituente, dal momento che l'amministrazione imperiale non era completamente sottoposta al *Bundesrat*, né affidata ai governi degli Stati membri, esistevano dei settori amministrativi (più propriamente di competenza federale), assegnati «alla corona di Prussia, per i quali possono anche essere nominati dei direttori, con l'istituto della responsabilità, che non può essere escluso da alcun ordinamento costituzionale» (cfr. *Materialien*, I, p. 748).

[56] *Materialien*, I, p. 671.

[57] *Materialien*, I, pp. 671-672.

opportunamente Rosenthal: «L'emandamento Ausfeld si basa sui presupposti stessi della costituzione, che in linea di massima escludono il *Bundesrat* e le sue commissioni dalla sfera dell'esecutivo, mentre l'emendamento Erxleben concede una collaborazione al *Bundesrat* e alle sue commissioni, entro i limiti del dettato costituzionale» [58]. Entrambi però furono respinti, a vantaggio di un terzo emendamento, proposto dal deputato Lette, che in luogo della responsabilità ministeriale prevedeva una generica «approvazione da parte del *Reichstag*» [59]. D'altra parte, l'emendamento Ausfeld-Schulze, benché respinto con 177 voti contrari e solo 86 favorevoli, ebbe il merito di evidenziare un problema cui, all'epoca, l'Assemblea difficilmente avrebbe potuto rispondere in maniera positiva. La responsabilità estesa a tutti i ministri avrebbe infatti comportato la nascita di un governo federale, il quale, giuridicamente distinto dallo *Staatsministerium* prussiano, si sarebbe trovato a sbrigare separatamente gli affari del *Bund* e quelli della Prussia. In pratica, ne sarebbe derivato uno sdoppiamento dell'esecutivo, capace, all'occorrenza, di danneggiare gli interessi della potenza egemone. Del resto, anche gli Stati membri erano tutt'altro che favorevoli a questa ipotesi. Proprio perché caratterizzata da una comune responsabilità ministeriale, la compagine governativa avrebbe avuto una struttura collegiale, in grado di accrescerne la compattezza e la capacità di operare indipendentemente dal *Bundesrat*. Ciò, alla lunga, avrebbe favorito una concentrazione di potere nelle mani del *Präsidium* e dello stesso governo, col risultato di togliere ogni significato pratico al principio federativo. In poche parole, un esecutivo collegiale, responsabile e autonomo era contrario sia agli interessi egemonici della Prussia che a quelli particolaristici degli Stati membri. Si preferì pertanto farne a meno e concentrare gli sforzi su di un altro obiettivo, consistente nel «trasformare in organo federale auto-

[58] Cfr. E. O. ROSENTHAL, *Die Reichsregierung*, cit., pp. 343-344.

[59] *Materialien*, I, p. 672. Cfr. *Dokumente*, II, pp. 227-240, n. 187 (Costituzione del *Norddeutscher Bund*, art. 11, comma 2).

nomo il [solo] cancelliere, che, nel progetto, era invece pensato come organo dello Stato prussiano» [60].

Fu in questa direzione che, il 27 marzo 1867, su proposta del nazionalliberale Rudolf von Benningsen, venne approvato un emendamento all'art. 17, il quale, noto più tardi come *lex Benningsen*, sarebbe stato mantenuto anche nella costituzione imperiale del 1871. Esso prevedeva che: «Le ordinanze e le disposizioni del *Präsidium* federale vengono rilasciate in nome della Confederazione e, per essere valide, richiedono la controfirma del cancelliere federale, il quale, in tal modo, ne assume la responsabilità» [61]. Con questa modifica, la figura del cancelliere fu resa giuridicamente autonoma dal *Bundesrat* e trasformata in un organo supremo della Confederazione. Sciolta da legami istituzionali col governo prussiano, essa poté poi favorire un'evoluzione del *Präsidium* federale «in senso monarchico e unitario, la quale, a sua volta, retroagì anche sulla posizione dello stesso cancelliere» [62]. In breve, la *lex Benningsen* dette il primo impulso a un processo, fatto di reazioni a catena, che, nei decenni seguenti, avrebbe visto nascere diverse autorità: le stesse di cui sarebbe consistito l'apparato imperiale nella sua fase più matura [63].

Il 12 agosto 1867, con editto presidenziale [64], fu così isti-

[60] Cfr. E. ROSENTHAL, *Die Reichsregierung*, cit., p. 343.

[61] *Materialien*, I, p. 768. Già in precedenza, Benningsen aveva affermato che: «Il *Präsidium*, secondo il progetto di legge, ha determinate competenze in materia esecutiva. Non abbiamo alcuna intenzione di ampliarle, né devono essere diminuite le competenze esecutive del *Bundesrat*, ossia dei governi riuniti. Semmai, rispetto a quanto appare nel progetto, vogliamo fare un po' di chiarezza circa il modo in cui dovranno essere esercitate queste mansioni amministrative, queste competenze di governo, che il progetto medesimo attribuisce al *Präsidium*» (*ibidem*, p. 733).

[62] Cfr, H.-J. TOEWS, la voce *Kanzler – 19. Jahrhundert*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, cit., II, coll. 613-619 (citaz. col. 616).

[63] Con le parole di Heinrich Otto Meisner: «Per la formazione delle autorità federali, così come si svolse di fatto, la persona del cancelliere federale fu un po' il nucleo di cristallizzazione» (cfr. *Bundesrat, Bundeskanzler und Bundeskanzleramt (1867-1871)*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 76-94; la citaz. è a p. 77).

[64] Cfr. *Quellensammlung*, p. 45, n. 6. Sulla storia del *Bundeskanzleramt* si vedano soprattutto E. VON VIETSCH, *Die politische Bedeutung des Reichskanzleram-*

tuito l'Ufficio della cancelleria federale (*Bundeskanzleramt*), diretto da Bismarck – che era pure presidente e ministro degli esteri nel governo prussiano – e presieduto dall'allora ministro prussiano del commercio Rudolf Delbrück, il quale si avvaleva della collaborazione di due consiglieri [65]. Il raggio d'azione del nuovo organo si estendeva a tutti gli affari interni del *Bund* [66], alla sorveglianza sui compiti amministrativi che gli erano trasmessi dagli Stati membri, all'elaborazione di progetti di legge, ai rapporti col *Bundesrat*, alle trattative con altri paesi in vista della conclusione di accordi commerciali, doganali ecc., alla compilazione del *budget* federale e alla gestione delle finanze. In materia di affari esteri, la cancelleria federale aveva il compito di designare gli ambasciatori e di provvedere alla cura delle sedi consolari. In questo modo, fin dall'inizio, il governo federale venne assumendo quella particolare fisionomia – cancelliere più collaboratori singoli in numero variabile – che ne avrebbe fatto una sorta di «direttorio generale» [67] e che si sarebbe mantenuta anche sotto l'Impero. Il cancelliere era il solo ministro previsto dalla costituzione e, ai sensi degli artt. 15 e 17, oltre a collaborare col «presidente» o a svolgerne le mansioni sotto la propria responsabilità, era anche presidente del *Bundesrat* e dello *Staatsministerium* prussiano. Alla fondazione dell'Impero egli divenne «cancelliere dell'Impero».

Ma nei decenni seguenti, il governo imperiale avrebbe pu-

tes für den inneren Aufbau des Reiches von 1867 bis 1880, Diss. Leipzig 1936, e *DVWG*, III, pp. 140-142.

[65] Nel 1869, il loro numero fu portato a tre.

[66] Che però, inizialmente, si riducevano alle sole poste e telegrafi, dato che l'amministrazione della marina e dell'esercito era assegnata al ministro prussiano per la guerra. Fu a questo riguardo che, con editto presidenziale del 18 dicembre 1867 (cfr. *Quellensammlung*, p. 60, n. 12), vennero creati, come I e II sezione della Cancelleria Federale, l'Ufficio generale delle poste e la Direzione generale dei telegrafi. Il primo era un'autorità prussiana, facente capo al ministero del commercio, dell'industria e dei lavori pubblici, mentre il secondo era un'autorità federale a pieno titolo. Più tardi, con ordinanza imperiale del 22 dicembre 1875 (cfr. *Quellensammlung*, pp. 187-188, n. 76, e *DVWG*, III, p. 152), l'amministrazione delle poste e telegrafi fu separata dalla Cancelleria Federale e trasmessa, sotto la responsabilità del cancelliere, ad un ufficio di nuova creazione, designato come Direzione generale delle poste (*General-Postmeister*).

[67] L'espressione è di H. O. Meisner (cfr. *Bundesrat*, cit., p. 81).

re conosciuto una profonda trasformazione, che si sarebbe compiuta lungo due assi paralleli: da un lato, la crescente accentuazione dell'elemento prussiano all'interno del *Bundesrat* e dall'altro la nascita di uffici autonomi rispetto alla cancelleria federale (divenuta «imperiale» a partire dal 12 maggio 1871) [68]. Su quest'ultima linea si colloca la fondazione dei seguenti istituti: l'Ufficio imperiale per gli affari esteri (1 gennaio 1870) [69]; il Ministero della marina federale (poi imperiale: con editto del 15 giugno 1871) [70]; l'Ufficio imperiale delle ferrovie (con legge del 27 giugno 1873) [71], nato nel quadro delle disposizioni fissate dagli artt. 41-47 della costituzione; l'Ufficio della tesoreria imperiale (con editto del 14 luglio 1879) [72],

[68] Cfr. *Quellensammlung*, p. 110, n. 40, e *DVWG*, III, pp. 147-150.

[69] In realtà, più che della nascita di un nuovo organo, si trattò in questo caso della trasformazione in ufficio federale del ministero prussiano per gli affari esteri, il quale, detenuto dal cancelliere, aveva svolto fino ad allora le relative mansioni anche a nome della Confederazione. Nella discussione sul bilancio pubblico degli anni 1868 e 1869, la camera dei deputati prussiana aveva infatti chiesto al proprio governo di trasferire sul bilancio federale le spese relative al mantenimento sia del ministero suddetto, che delle sedi e del personale diplomatici: cosa che puntualmente avvenne con la creazione dell'Ufficio imperiale per gli affari esteri. Su di esso si veda in particolare F. STOERK, la voce *Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten*, in F. VON STENGEL, *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, cit. II, p. 133, e anche *DVWG*, III, pp. 150-151.

[70] Cfr. *Quellensammlung*, p. 112, n. 42. Questa nuova autorità continuò per il momento a far capo al ministero prussiano per la guerra. Più tardi, con editto del 1 gennaio 1872 (*Quellensammlung*, p. 122, n. 53; cfr. *DVWG*, III, p. 153), il Ministero della marina federale fu ribattezzato col nome di Ammiragliato Imperiale e sottoposto al comando supremo dell'imperatore. Infine, un ulteriore editto del 30 marzo 1889 (*Quellensammlung*, p. 255, n. 121) dispose la separazione del comando supremo della marina dall'amministrazione della medesima. Il primo (dal 1 aprile dello stesso anno) toccò ad un ammiraglio di nomina imperiale, mentre la seconda fu trasmessa, sotto la responsabilità del cancelliere, ad una nuova autorità, designata come Ufficio della marina imperiale e diretta da un segretario di Stato.

[71] Cfr. *Quellensammlung*, pp. 157-158, n. 62, e *DVWG*, III, p. 153. L'editto disponeva, al § 2, che i membri di questo ufficio (il presidente e i consiglieri), come pure i commissari (da istituire all'occorrenza), fossero nominati dall'imperatore, mentre la nomina dei funzionari subalterni sarebbe spettata al cancelliere. Più tardi, con editto del 27 maggio 1878 (entrato in vigore dal 14 luglio 1879; cfr. *Quellensammlung*, p. 217, n. 89, e *DVWG*, III, p. 156), vide la luce il nuovo Ufficio per l'amministrazione delle ferrovie dell'impero, che fu posto alle dirette dipendenze del cancelliere.

[72] Cfr. *Quellensammlung*, p. 222, n. 93, e *DVWG*, III, pp. 156-7.

cui fu trasmessa, dalla cancelleria, l'amministrazione delle finanze dell'impero. Simili mutamenti [73] si rifletterono anche sulla posizione del cancelliere. La legge sulla supplenza (*Stellvertretungsgesetz*) del 17 marzo 1878 [74] dispose infatti che, in caso di impedimento, dovuto a malattia o ad altri impegni di lavoro, egli potesse essere sostituito da rappresentanti di nomina imperiale, i quali, al suo posto, avrebbero dovuto controfirmare alcuni o tutti gli atti dell'esecutivo [75]. Infine, per ciò che riguarda il vecchio Ufficio della cancelleria imperiale, occorre dire che, con editto del 24 dicembre 1879 [76], esso fu ribattezzato col nome di Ufficio imperiale per gli affari interni, con alla guida un presidente che rivestiva la carica di segretario di Stato. D'altra parte, già il 18 maggio 1878, su richiesta di Bismarck, l'imperatore Guglielmo I aveva acconsentito alla creazione di un ufficio separato – che da quel momento sarebbe stato la vera «cancelleria imperiale» [77] – destinato ad assistere il cancelliere nell'opera di coordinamento fra i diversi organi dell'impero. Questa nuova autorità, nel bene e nel male, fino al 1918, rese possibile una correlazione fra gli affari imperiali e quelli prussiani, operando separatamente dagli altri uffici dell'impero e a stretto contatto con lo *Staatsministerium*. I suoi commissari, come sottosegretari di Stato, divennero così i più stretti collaboratori del cancelliere e la loro importanza, sul piano

[73] Nel 1914, oltre agli uffici suelencati, l'amministrazione superiore dell'impero comprendeva anche l'Ufficio imperiale per la giustizia (fondato nel 1877), l'Ufficio imperiale per le colonie (creato nel 1907) e l'Ufficio per l'amministrazione delle ferrovie imperiali nei territori dell'Alsazia-Lorena e del Lussemburgo, sottoposto al ministero prussiano per i lavori pubblici.

[74] Cfr. *Quellensammlung*, pp. 216-217, n. 88.

[75] Sugli effetti di questa legge e sulla circostanza per cui neppure per suo tramite si giunse mai ad avere un governo collegiale (data soprattutto la mancanza di sedute comuni e regolari fra il cancelliere e i suoi sostituti), cfr. H. GOLDSCHMIDT, *Das Reich und Preussen*, cit., p. 67, e S. SCHÖNE, *Von der Reichskanzlei zum Bundeskanzleramt. Eine Untersuchung zum Problem der Führung und Koordination in der jüngeren deutschen Geschichte*, Berlin 1968, pp. 20-28.

[76] Cfr. *Quellensammlung*, p. 226, n. 96 e *DVWG*, III, pp. 158-159.

[77] Su di essa, cfr. S. SCHÖNE, *Von der Reichskanzlei*, cit., pp. 59-77.

politico, non fu certo inferiore a quella dei segretari di Stato (o ministri), posti alla guida dei singoli uffici imperiali.

Con questa sorta di «gabinetto personale», formato da assistenti di sua scelta e non da funzionari di nomina imperiale, Bismarck poté meglio assolvere anche ai suoi compiti di ministro prussiano per gli affari esteri. Ma in tal modo, l'ingerenza prussiana negli affari dell'Impero, favorita dall'assimilazione delle due sfere d'interessi, non fece che aumentare, secondo una linea di tendenza che si può cogliere anche a proposito dell'evoluzione interna del *Bundesrat.* Pur partecipando all'amministrazione dell'Impero, quest'organo, di fatto, non deteneva un potere autonomo d'esecuzione [78], e le sue delibere, una volta approvate, venivano trasmesse o ai governi degli Stati membri o al governo imperiale. Fra le sette commissioni permanenti di cui esso consisteva [79] – ognuna delle quali aveva il compito di svolgere i lavori preparatori, in vista delle discussioni conclusive –, l'unica provvista di un effettivo peso era quella del bilancio, che operava in accordo con l'ufficio delle dogane e delle imposte, facente capo alla Tesoreria imperiale. Ma, come rileva Triepel [80], dopo l'approvazione della *Stellvertretungsgesetz*, questa situazione subì una

[78] Su questo punto, cfr. soprattutto G. ANSCHÜTZ, *Deutsches Staatsrecht*, in F. VON HOLTZENDORFF - J. KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaften in systematischer Bearbeitung*, Leipzig-Bonn 1904⁴, II, pp. 449-635 (in part. p. 542).

[79] Secondo l'art. 8 della costituzione imperiale si trattava delle commissioni: 1) per la milizia territoriale e le fortezze (con un seggio permanente riservato alla Baviera); 2) per la marina; 3) per le dogane e le imposte; 4) per il commercio e il traffico; 5) per le ferrovie, le poste e i telegrafi; 6) per la giustizia; 7) per il bilancio. Esisteva poi un'ottava commissione – quella per gli affari esteri – presieduta da un delegato bavarese e composta inoltre da un delegato sassone, uno del Württemberg e due di altri governi, che il *Bundesrat* doveva eleggere di anno in anno. In ogni commissione, oltre al *Präsidium*, dovevano essere rappresentati almeno quattro Stati, e i componenti andavano eletti annualmente. In seguito, col nuovo ordinamento del 26 aprile 1880 (*Quellensammlung*, pp. 227-231, n. 98), le commissioni del *Bundesrat* divennero undici, con l'aggiunta di quella per l'Alsazia-Lorena, quella per la costituzione e quella per l'ordinamento interno dei lavori. Il numero dei membri di ciascuna fu portato a sette, con l'esclusione delle commissioni per la marina e per gli affari esteri che ne ebbero solo cinque.

[80] Cfr. H. TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus*, cit., p. 68.

svolta decisiva. Come organo composto dal fior fiore della burocrazia tedesca, il *Bundesrat*, fino ad allora, non aveva mai incluso alcun membro di nomina imperiale. Lo stesso cancelliere vi figurava, innanzitutto, come inviato del re di Prussia, e in tale veste la sua posizione giuridica differiva da quella di ogni altro delegato solo in virtù della carica di presidente, a lui assegnata dall'art. 15 della costituzione. Viceversa, come si è visto, la responsabilità dinnanzi al *Reichstag* gli derivava dal fatto di detenere, personalmente, un'altra carica, e cioè quella di capo dell'esecutivo imperiale. Ma con la legge sulla supplenza venne affermandosi la prassi di inserire nel *Bundesrat*, come delegati prussiani, i rappresentanti del cancelliere, ossia altri membri autorizzati alla controfirma e perciò stesso responsabili dinnanzi al parlamento. Dopo averli nominati segretari di Stato, l'imperatore, in qualità di re di Prussia, li designava anche come inviati plenipotenziari del governo prussiano, permettendo così a più persone di rivestire, alla pari del cancelliere, la duplice carica di membro del *Bundesrat* e di ministro dell'Impero. In tal modo, nei lavori dell'organo federale, l'ingerenza prussiana venne aumentando ben oltre i limiti fissati dalla costituzione. Istruiti dallo *Staatsministerium* e dal loro re, questi delegati e ministri imperiali poterono curare con più profitto gli interessi prussiani, forti del fatto che nessun altro membro del *Bundesrat* era autorizzato a comparire, come funzionario dell'Impero, dinnanzi al *Reichstag*. Tale circostanza, unitamente alla crescita progressiva dell'amministrazione dell'Impero, fu all'origine di una situazione che, nel 1911, Eduard Rosenthal poteva schematizzare in questi termini:

«Il governo imperiale, in senso lato, comprende l'imperatore e i governi riuniti. Ma di regola, il termine "governo imperiale" coincide con "governo dell'imperatore", riferendosi o all'imperatore, come organo esecutivo dell'Impero, e ai suoi aiutanti previsti dalla costituzione (i ministri), o anche a questi soltanto, come si suole intendere negli Stati membri secondo un particolare uso linguistico»[81].

[81] Cfr. E. ROSENTHAL, *Die Reichsregierung*, cit., p. 41.

In conclusione, penso si possa ritenere che proprio le lacune della costituzione formale permisero alla vita politica tedesca di mantenere un certo margine di autonomia rispetto al diritto scritto, e che tale scollamento, a sua volta, consentí alla monarchia prussiana di evolvere, di fatto, a monarchia imperiale. Sotto questo aspetto, gli interessi prussiani e quelli dell'Impero tesero via via ad avvicinarsi – e in larga parte, a coincidere –, a scapito delle istanze particolaristiche promosse sia dai governi affiliati che dallo *Junkertum* prussiano. D'altra parte, l'eccessiva complessità e la «mancanza di equilibrio» [82] dell'ordinamento costituzionale, più che come forme «semiassolutistiche» e retrograde, o come cause di presunte degenerazioni in senso dispotico [83], ritengo vadano interpretate come espressioni di un limite politico che segna profondamente la storia tedesca dell'Ottocento, e che il carattere compromissorio della costituzione dell'Impero non poté fare a meno di perpetuare. Secondo Böckenförde, e con lui gran parte della storiografia tedesca, tale limite si identifica, da ultimo, nella mancanza di una rivoluzione «borghese», in grado di sovvertire e cancellare le vecchie forme del potere assoluto: nella fattispecie, le dinastie regnanti e i loro apparati burocratici e militari. Ma a mio giudizio, questa tesi va integrata, ponendo in risalto come, a partire dagli anni '60, la *Deutsche Frage* – e cioè il problema dell'unificazione, mediante superamento dell'assetto confederativo

[82] Cfr. E. FEHRENBACH, *Wandlungen des deutschen Kaisergedankens 1871-1918*, München-Wien 1969, p. 133.

[83] Tale è infatti la conclusione della Fehrenbach (*ibidem*). Del resto, la tesi del «regime personale» di Guglielmo II ha ormai una lunga storia, che non è il caso di ricostruire in questa sede. Basterà rinviare il lettore all'opera fondamentale di Gustav Eyck (cfr. *Das persönliche Regiment Wilhelms II. Politische Geschichte des deutschen Kaiserreiches von 1890 bis 1914*, Erlenbach-Zürich 1948) e alle critiche elevate al riguardo da Fritz Hartung (cfr. *Das persönliche Regiment Kaiser Wilhelms II*, in *Staatsbildende Kräfte der Neuzeit*, cit., pp. 393-413) e da Ernst Rudolf Huber (cfr. *Das persönliche Regiment Wilhelms II*, in *Nationalstaat und Verfassungsstaat. Studien zur Geschichte der modernen Staatsidee*, Stuttgart 1965, pp. 224-248): critiche che, quantomeno, evidenziano come le dichiarazioni millantatorie, le *gaffes* e le altre intemperanze verbali dell'imperatore, contrariamente all'opinione di Eyck, testimoniassero di una sua incapacità a reggere le sorti dell'Impero, piuttosto che di un suo forte e superbo atteggiamento da autocrate.

della Confederazione germanica – si sia posta nei termini di un'ardua conciliazione fra tre istanze conflittuali: quella egemonica, quella particolaristica e quella nazionale [84]. La soluzione bismarckiana consisté nell'assegnare a ciascuna istanza una parte del potere statale, ripartendolo nei tre organi principali (*Kaiser, Bundesrat* e *Reichstag*), col cancelliere a svolgere fra i medesimi un'intensa opera di mediazione e di spola. Ma se è vero che ciò permise a Bismarck di essere, per molti anni, il solo arbitro della politica tedesca, è pure indubbio che, alla lunga, questa configurazione di potere abbia palesato diverse incrinature, alcune delle quali attribuibili ad autentici difetti d'origine. Già la mancanza di collegialità nella compagine dell'esecutivo – dovuta, come si è visto, a una convergenza di opposti interessi – espose il governo imperiale a una costante minaccia di disgregazione. Inoltre, la posizione del cancelliere, sovraccarica di impegni, fu sempre condizionata dal rapporto di dipendenza che la legava alla corona, come pure dall'assenza di una sanzione formale da parte del parlamento. Anche uno statista come Bismarck, in una situazione del genere, seppe destreggiarsi solo con fatica [85], mentre i suoi successori, di levatura politica assai inferiore, dovettero cercare costantemente nel parlamento l'appoggio di maggioranze di comodo. Infine, l'avvento di un imperatore come Guglielmo II, deciso, ma solo a parole, a governare in prima persona e ad essere il cancelliere di se stesso, rese sempre più effimera l'autorità dei cancellieri sui segretari di Stato [86], col risultato di complicare

[84] A questo proposito, si veda, fra gli altri, il discorso tenuto, alla Costituente del *Norddeutscher Bund,* dal presidente della stessa Heinrich von Sybel, in *Materialien,* I, pp. 580-595.

[85] Una testimonianza al riguardo è fornita proprio da Bismarck, nei suoi *Pensieri e ricordi,* II: *(1863-1888),* Milano 1922, pp. 153-199. Fra i tanti episodi, si può inoltre ricordare lo scioglimento del cartello delle destre, creato dallo stesso Bismarck in concomitanza con le elezioni del *Reichstag* del 21 febbraio 1887: scioglimento che fu decisivo anche per le sorti politiche del cancelliere. Su di esso, cfr. W. MOMMSEN, *Bismarcks Sturz und die Parteien,* in *Deutscher Staat und deutsche Parteien. Bieträge zur deutschen Partei- und Ideengeschichte. Friedrich Meinecke, zum 60. Geburtstag dargebracht,* hrsg. von P. WENTZCKE, München-Berlin 1922, pp. 266-293.

[86] Scrive al riguardo Siegfried Schöne: «Il fatto che in Germania fino alla fine della monarchia, non ci sia stato un "secondo Bismarck" ad occupare la carica

le procedure dell'esecutivo e di provocare nel governo quella «perdita del centro» che poi, durante la guerra, si sarebbe trasformata in un autentico vuoto di potere. A quel punto infatti la completa separazione fra autorità civile e potere militare (per il quale non esistevano né controllo del parlamento, né controfirma ministeriale, ma solo gli ordini del monarca e dello stato maggiore) impedì il costituirsi di un'autorità che, simile al «consiglio supremo della guerra» formatosi in Gran Bretagna, coordinasse i vari settori della società e dello Stato, in vista di una politica unitaria e coerente [87]. Accanto a una monarchia incapace di gestire in prima persona gli affari bellici si ergeva un imponente apparato amministrativo che dagli stessi era escluso in via di principio. Insieme, l'una e l'altro avevano guidato il processo dell'unificazione interna, crescendo nel contempo quanto a importanza e a dimensioni. Pure insieme, essi avevano scongiurato con ogni mezzo il pericolo della parlamentarizzazione, che peraltro, almeno dal 1917, non furono più in grado di frenare. Ora, nell'incapacità di cooperare, essi assistevano a uno sfacelo che in tutto o in larga parte li avrebbe travolti, riproponendo problemi che, fino a poco prima, erano parsi superati. Per un attimo, la parlamentarizzazione apparve la sola via utile a evitare una catastrofe, poiché, come di fatto accadde, solo un governo civile, espressione di una maggioranza parlamentare, avrebbe potuto esautorare i vertici dell'esercito e concludere un armistizio. Ma anche questa scelta, per il ritardo con cui si compì, non bastò a salvare il vecchio sistema di potere, e più tardi, il 28 ottobre 1918, la legge di revisione costituzionale giunse soltanto a porre, sulla vicenda dell'Impero, il sigillo di un'amara e beffarda conclusione.

di cancelliere dell'impero, è da ricondurre non tanto all'assenza di personalità adeguate, quanto piuttosto alla struttura di questo sistema di governo, che non permise più ad un cancelliere forte di affermarsi. La sua forza, infatti, sarebbe potuta derivare solo da un indebolimento della monarchia» (cfr. *Von der Reichskanzlei zum Bundeskanzleramt*, cit., p. 47).

[87] Tipiche al riguardo sono le vicende che condussero, il 13 luglio 1917, alle dimissioni del cancelliere Bethmann-Hollweg, sulle quali cfr. G. Craig, *Il potere delle armi*, cit., pp. 343-355, e G. Ritter, *I militari e la politica*, cit., II, pp. 576-630.

2. *Dallo Stato autoritario allo Stato democratico? Parlamentarismo e «retaggio bismarckiano»*

«L'autorità dei poteri tradizionali, che da tempo ormai l'evoluzione complessiva aveva posto seriamente in dubbio, e che peraltro si era mantenuta per consuetudine, è ora di colpo infranta. Essa non trova più obbedienza e dunque non governa più, poiché *oboedientia facit imperantem*. Per il mantenimento o la ricostruzione della comunità politica non c'è quindi altra soluzione possibile che una riorganizzazione dal basso»[88].

A giudizio di Hugo Preuss, sottoposto a una prova del fuoco quale fu l'esperienza bellica, il sistema bismarckiano aveva finito per soccombere: la sua struttura autoritaria si era dimostrata tanto «rudimentale» da non poter offrire, a uno Stato moderno, inserito in un moderno sistema internazionale, il necessario supporto organizzativo. Una svolta in senso democratico appariva inevitabile, almeno agli occhi di un autore i cui scritti politici avevano sempre avuto a fondamento la netta, irriducibile opposizione fra autoritarismo e democrazia. Ma nel concreto si poneva una domanda cruciale, dalla quale sarebbero dipesi sia la ricostruzione politica della Germania, sia il suo futuro come Stato:

«Nei giorni dell'ebbrezza, o più tardi, sotto l'assillante pressione della sconfitta, il sentimento nazionale tedesco e la coscienza politica unitaria si sono dunque rafforzati abbastanza da costituire il fondamento stabile di un nuovo Impero, dello Stato democratico tedesco, in assenza di una mediazione dinastico-autoritaria?»[89].

Il 15 novembre 1918, il consiglio berlinese dei commissari del popolo aveva nominato Hugo Preuss ministro degli interni, affidandogli il compito di elaborare un progetto di costituzione. Fino ad allora, questo professore di dirit-

[88] Cfr. H. PREUSS, *Vom Obrigkeitsstaat zum Volksstaat*, in *Handbuch der Politik*, III, cit., pp. 16-26 (citaz. p. 17). Sul problema dell'autoritarismo in Germania, si veda anche dello stesso, *Obrigkeitsstaat und grossdeutsche Gedanke. Zwei Vorträge*, Jena 1916 (soprattutto, pp. 3-25).

[89] Cfr. H. PREUSS, *Vom Obrigkeitsstaat*, cit., p. 21.

to costituzionale presso l'Istituto Superiore del Commercio di Berlino si era segnalato più volte, sia in campo scientifico – con un'elaborazione, in chiave democratica, della teoria organicistica dello Stato di Otto von Gierke [90] e con altre opere storiche [91] –, sia nell'attività politica, come autore di articoli e *pamphlets* [92], nonché come esponente della sinistra liberale nel consiglio civico berlinese. Già nel 1917, in un articolo sul problema della democratizzazione in Germania, egli aveva affermato che un governo autoritario sarebbe stato inevitabile, finché non fosse scaturita, dalla volontà politica della nazione, una forza (*Potenz*) capace di subentrargli e di assumere la guida del paese [93]: ma a tal scopo occorreva «una trasformazione profonda della coscienza politica nazionale», che non poteva compiersi di punto in bianco, «poiché deve fare i conti con la debolezza e i vuoti d'energia politica, che sono il prodotto di un'evoluzione secolare» [94]. Viceversa, la nuova costituzione andava redatta in tempi brevi, e avrebbe dovuto essere repubblicana e democratica, anche perché, al momento, non c'era «altra soluzione possibile» [95].

Come si è visto, il punto debole della costituzione impe-

[90] Cfr. H. PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin 1889 (Neudr., Aalen 1964).

[91] Cfr. soprattutto H. PREUSS, *Das städtische Amtsrecht in Preussen*, Berlin 1902, e dello stesso, *Die Entwicklung des deutschen Städtewesens*; I (einziger Band): *Entwicklungsgeschichte der deutschen Städteverfassung*, Leipzig 1906 (Neudr., Aalen 1965).

[92] Fra i *pamphlets* si ricorda soprattutto H. PREUSS, *Das deutsche Volk und die Politik*, Jena 1915.

[93] Cfr. H. PREUSS, *Deutsche Demokratisierung* (1917), in *Staat, Recht und Freiheit*, cit., pp. 335-344.

[94] *Ibidem*, p. 337.

[95] In effetti, dopo che il 19 dicembre 1918 il congresso berlinese dei consigli degli operai e dei soldati ebbe respinto, con 344 voti contro 98, la proposta del deputato Däumig, tendente a mantenere il sistema consigliare come base per la futura costituzione, la sola via praticabile non poteva più essere che quella democratico-parlamentare. La proposta Däumig direttamente ispirata al modello russo-sovietico, prevedeva che ai consigli fossero riservati tanto il supremo potere legislativo, quanto quello esecutivo. Sull'episodio, cfr. W. JELLINEK, *Revolution und Reichsverfassung*, cit., p. 25.

riale risiedeva soprattutto nella compagine governativa, la quale, oltre a non essere un'istituzione collegiale, dipendeva totalmente dalla monarchia. Con la partitizzazione crescente della vita politica tedesca, questa debolezza aveva spinto i cancellieri a cercare sempre più, nel *Reichstag*, l'appoggio dei gruppi politici, fino al momento in cui, nel 1917, con l'avvento del cancelliere Michaelis, fu proprio una maggioranza parlamentare a indicare in alcuni deputati e politici i titolari delle cariche ministeriali [96]. Per questo, ma non per altri aspetti, si può anche parlare, in accordo con Manfred Rauh, di una «parlamentarizzazione tacita» e «informale», che prese avvio, in Germania, con gli inizi del XX secolo e proseguì poi, nel periodo bellico, anche in assenza di una sanzione formale [97]. Ma a parte gli ostacoli che tale processo incontrò, dovuti sia ai meccanismi di controllo della costituzione imperiale [98], sia al-

[96] Ministro prussiano della giustizia fu infatti nominato il deputato Spahn della *Zentrumspartei*, mentre il posto di segretario di Stato per la giustizia venne assegnato al nazionalliberale von Kraus e il sottosegretariato alla giustizia all'altro nazionalliberale Schiffer. Infine, il sottosegretariato agli approvvigionamenti per la guerra andò al socialdemocratico August Müller, che sarebbe stato così il primo membro dell'SPD a rivestire una carica di funzionario. In seguito, il 1 novembre 1917, il *Ministerpräsident* bavarese conte Hertling successe a Michaelis nella carica di cancelliere, con l'appoggio di una maggioranza parlamentare formata da liberal-radicali, centristi e socialdemocratici. Vicecancelliere fu nominato il deputato liberal-radicale Payer, su esplicita richiesta della SPD, mentre vicepresidente dello *Staatsministerium* prussiano divenne il nazionalliberale Robert Friedberg, fino ad allora presidente del proprio gruppo parlamentare presso il *Landtag*.

[97] Cfr. M. Rauh, *Die Parlamentarisierung* cit., e anche, dello stesso, *Il liberalismo e il sistema politico tedesco nell'epoca guglielmina*, in *Il liberalismo in Italia e in Germania dalla rivoluzione del '48 alla prima guerra mondiale*, a cura di R. Lill-N. Matteucci, Bologna 1980, pp. 291-321 (in part. p. 306). Vi è tuttavia da dubitare della tesi di Rauh circa la natura della «parlamentarizzazione informale», come «processo d'apprendimento» che, in età guglielmina, si sarebbe attuato tramite una collaborazione sempre più stretta fra *Reichstag* e governo. Secondo l'autore, il carattere pluripartitico del sistema tedesco – col complicato gioco di accordi e alleanze che comportava – avrebbe permesso solo durante la guerra la formazione di maggioranze stabili; ma queste non sarebbero state che l'esito conclusivo di un'evoluzione latente e da decenni già in atto nella vita politica della Germania. Ciò, tuttavia, fa pensare a una continuità nella storia politica dell'Impero, quale difficilmente è dato dimostrare sulla base della costituzione vigente e del comportamento dei partiti.

[98] Proprio Rauh, del resto, riconosce che il sistema bismarckiano-guglielmino disponeva di almeno quattro meccanismi costituzionali, in grado di impedire, o

l'atteggiamento dei partiti politici (sul quale ritornerò fra breve), è certo che, alla fine del 1918, la democrazia, e non solo la parlamentarizzazione, si presentava come un traguardo da raggiungere in fretta, non per effetto di un'evoluzione continua e graduale, ma sotto la «pressione assillante» della crisi interna. In altri termini, s'imponeva, alla società tedesca, un salto di qualità da compiere rapidamente e su basi ancora tutte da accertare. La nuova costituzione avrebbe preparato il terreno sul quale poi la Germania si sarebbe giocata il proprio futuro: ma con quali carte in mano?

Nell'opinione di Preuss, la «forma Stato moderna» (costituzionale e parlamentare) era venuta affermandosi storicamente in contrapposizione al «governo autoritario» (ossia, assolutistico) e in tal contrasto essa aveva il proprio nucleo essenziale. Fatta eccezione per l'Inghilterra e gli Stati Uniti, ove il «governo autoritario» non aveva mai messo radici, gli Stati europei potevano dividersi in due gruppi, «a seconda che tale contrasto abbia avuto solo un carattere storico – e dunque, ai giorni nostri, possa dirsi superato –, o anche un carattere politico, che agisce e si perpetua nel presente»[99]. La «Prussia-Germania», unitamente all'Austria-Ungheria e alla Russia, apparteneva a questo secondo gruppo di Stati, nei quali la «forma Stato moderna» si era affermata senza eliminare il «governo autoritario», e mantenendo con esso un rapporto di coesistenza e di inconciliabile opposizione. Con questa schematizzazione, non certo ineccepibile sul piano storico, Preuss poteva

di ostacolare oltremisura, sia la parlamentarizzazione che la democratizzazione della Germania. Si trattava, in particolare: a) della separazione di principio fra governo e parlamento, col cancelliere e i suoi sostituti a fungere da unici *traits d'union* e solo perché membri del *Bundesrat*; b) della struttura federale dell'esercito, con l'assenza di un ministro imperiale della guerra; c) della minoranza di sbarramento che la Prussia deteneva, nel *Bundesrat*, contro ogni tentativo di revisione costituzionale (cfr. la nota 9 di questo testo); d) del sistema elettorale a tre classi, vigente in Prussia, che, contrapposto al diritto di voto universale ed uguale in vigore nell'Impero, era all'origine di una discrepanza fra la composizione della Camera dei deputati prussiana e la composizione del *Reichstag*: discrepanza destinata a tradursi più volte in divergenze e contrasti di vario tipo (cfr. M. RAUH, *Il liberalismo e il sistema politico tedesco*, cit., pp. 303-305).

[99] Cfr. H. PREUSS, *Das deutsche Volk und die Politik*, cit., p. 57.

però mettere il dito nella piaga più grave, relativa alla monarchia costituzionale tedesca, alla sua filiazione dall'assolutismo illuminato e al fatto che, mantenendo alle dinastie regnanti il monopolio della politica (inteso sia come potere decisionale che come amministrazione), essa aveva impedito sia l'educazione politica dei cittadini (mediante partecipazione e autorganizzazione dal basso), sia il formarsi di una coscienza politica unitaria (*politischer Gemeinsinn*), che sola avrebbe potuto favorire un'evoluzione in senso democratico [100]. La presenza delle dinastie regnanti e del particolarismo statale aveva fatto sì che l'unificazione tedesca potesse compiersi solo «dall'alto», su iniziativa del principe più potente e del suo primo ministro: e più tardi, la prerogativa assoluta della monarchia sulla nomina del governo aveva impedito al parlamento di funzionare come corpo politico, ossia come luogo ove, mediante il confronto e in virtù di un più alto senso di responsabilità verso lo Stato, i contrasti fra i partiti venissero temperati, onde dar vita a maggioranze stabili, con *leaders* preparati e idonei a governare.

[100] È questo il punto in cui meglio traspare, nell'ambito della teoria politica, l'assunto basilare della dottrina dello Stato di Hugo Preuss: quello cioè di uno Stato come autorganizzazione della società, attraverso una complessa integrazione e gerarchizzazione di consociazioni territoriali, dai comuni all'Impero. Ed è pure questo il punto sul quale vertono principalmente le critiche di Carl Schmitt (cfr. *Hugo Preuss. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen 1930): critiche il cui centro di gravità è dato dal rifiuto del concetto di sovranità che accomuna Preuss al suo maestro Otto von Gierke. La costituzione di Weimar, secondo Schmitt, traduce in atto l'idea di uno Stato neutrale, dal punto di vista della politica interna: neutrale nel senso «di lasciare aperta la via alle più diverse correnti e tendenze politiche, offrendo loro uguali *chances* di ottenere una maggioranza legislativa e persino di modificare la costituzione» (*ibidem*, p. 19). Tale neutralità cessa allorché il potere costituzionale viene impiegato dalla maggioranza al governo per privare l'opposizione (come «nemico politico») delle sue *chances*: cosa che, in pari tempo, implica anche l'annullamento della costituzione e dei principi sui quali riposa. In altri termini, privato dell'attributo della sovranità (come potere unitario, esclusivo e *super partes*) e pensato come autorganizzazione della società, lo Stato di Preuss (ma anche lo Stato democratico *tout court*) appare agli occhi di Schmitt come Stato dei partiti, ossia di associazioni in grado di «organizzarsi sempre più saldamente e corporativamente, in virtù del diritto di voto proporzionale e del sistema delle liste» (*ibidem*, p. 21). Sprovvista di un garante, la costituzione può essere violata o mutata dalla maggioranza al governo: e allora, si chiede Schmitt, «quale tutela può più esserci per la libertà individuale e contro la regressione ad una forma pluralistica di Stato feudale o per ceti?» (*ibidem*).

Simili affermazioni, che, com'è noto, ebbero anche in Max Weber [101] un convinto assertore, illuminano da vicino una parte dei problemi che la Germania era chiamata a risolvere lungo il cammino della democrazia. Tali problemi, da parte sia di Weber che di Preuss, come pure di politici e studiosi di diverso orientamento (si pensi soprattutto a Erich Kaufmann) [102], furono riuniti e discussi sotto la comune rubrica di «retaggio bismarckiano», e anche in questa sede non sarà inutile riservare loro una seppur breve trattazione. Per cominciare si può dire che la configurazione di potere, designata da Preuss come compresenza e come opposizione inconciliabile di «governo autoritario» e «forma Stato moderna», coincide generalmente con ciò che la moderna storiografia costituzionale suole indicare col termine di «principio monarchico». Tipico dell'evoluzione tedesca, esso fu un po' la soluzione *ad hoc* destinata a connettere, entro un disegno costituzionalistico, le esigenze di modernizzazione della società con una tradizione statale che risaliva al Sei-Settecento e aveva avuto nella monarchia federiciana la sua espressione più matura. Nella seconda metà dell'Ottocento, dinnanzi a una realtà economica che progrediva a marce forzate, la presenza di un'organizzazione politica e amministrativa ben strutturata, come pure di un governo fondato su un patto di unione e fiducia fra monarca e ministero, permisero il controllo sia del processo di crescita globale (a fronte della disomogeneità delle forze sociali e politiche), sia del conflitto fra capitale e lavoro, con lo strumento della riforma sociale. La statualità tedesca venne così evolvendo senza perdere, per questo, il suo carattere concentrato e altamente organizzato, con una monarchia che, a differenza di altri paesi, non si trasformò in «monarchia borghese», né regredì a puro simbolo dell'unità politica nazionale. Non per nulla, nel 1911, Hintze poteva dire che:

[101] Cfr. soprattutto M. WEBER, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania*, in *Parlamento e governo e altri scritti politici*, a cura di L. MARINO, Torino 1982, pp. 64-225 (in part. pp. 69-80).

[102] Cfr. E. KAUFMANN, *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung* (1917), in *Gesammelte Schriften*; I: *Autorität und Freiheit*, Göttingen 1960, pp. 143-223.

«Il principio monarchico è cresciuto in modo così stretto con la struttura complessiva dell'esperienza statale prussiana e imperiale da non poter essere sostituito dal principio del governo parlamentare se non attraverso una completa trasformazione di quella struttura stessa, come potrebbe avvenire solo con una rivoluzione» [103].

Dal punto di vista storico-istituzionale, il «principio monarchico» fu essenzialmente un prodotto dell'età della Restaurazione, benché le sue radici siano in parte reperibili nella statualità medievale e nell'investitura «per grazia di Dio» [104]. Comparso per la prima volta nella *Charte constitutionnelle* francese del 1814 [105], esso figurò poi fra gli enunciati fondamentali della costituzione württemberghese del 1816 [106], delle costituzioni della Baviera, del Baden e del Württemberg rilasciate fra il 1818 e il 1819 [107], e fu

[103] Cfr. O. HINTZE, *Il principio monarchico e il regime costituzionale*, in *Stato e società*, a cura di P. SCHIERA, Bologna 1980, pp. 27-49 (citaz. p. 42).

[104] Su questo si vedano soprattutto O. BRUNNER, *Dall'investitura per grazia di Dio al principio monarchico*, in *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. SCHIERA, Milano 1970, pp. 165-199, e E. KAUFMANN, *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes*, in *Gesammelte Schriften* I, cit., pp. 1-49. Sull'investitura per grazia di Dio, il testo base è ancora F. KERN, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter. Zur Entwicklugsgeschichte der Monarchie* (1914), Münster-Köln 1954.

[105] Il riferimento è soprattutto al preambolo di questo documento, ove si legge: «Nous avons considéré, que, bien que l'autorité toute entière résidât en France dans la personne du roi, nos prédécesseurs n'avaient point hésité à en modifier l'exercice, suivant la différence du temps». Cfr. E. KAUFMANN, *Studien zur Staatslehre*, cit., pp. 36-39, e anche H. O. MEISNER, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip im Zeitalter der Restauration und des Deutschen Bundes*, Breslau 1913, pp. 45-76. In quest'ultimo testo, e forse non a torto, si contesta però la derivazione francese e si afferma l'origine «autoctona» (dalla costituzione württemberghese del 1816) del principio monarchico in terra tedesca (*ibidem*, pp. 247-248).

[106] Si tratta del cosiddetto «progetto di costituzione per ceti» del Württemberg, che inizia con queste parole: «Il re è il capo dello Stato e riunisce in sé tutti i diritti del potere statale, secondo le disposizioni fissate dalla costituzione territoriale». Cfr. H. O. MEISNER, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip*, cit., pp. 215-236 (in part. pp. 217).

[107] La *Verfassungsurkunde* bavarese del 26 maggio 1818, al tit. II, § 1, prevede infatti che: «Il re è l'autorità suprema dello Stato e riunisce in sè tutti i diritti del potere statale, esercitandoli in base alle disposizioni da lui emanate e fissate dal presente documento costituzionale. La sua persona è sacra e inviolabile» (cfr. *Dokumente*, I, n. 51). Analogo è il contenuto delle *Verfassungsurkunden* del Granducato del Baden (22 agosto 1818, al § 5; cfr. *Dokumente*, I, nn. 52-

poi esteso all'intera Confederazione germanica, in virtù del noto art. 57 dei *Wiener Schlussakte* (15 maggio 1820) [108]. Nel 1845, delineando la propria dottrina del «principio monarchico», il filosofo Friedrich Julius Stahl evidenziava come, con esso, fosse ripudiata la sovranità popolare e riconosciuta quella dei prìncipi, mentre, nello stesso tempo, al rifiuto del principio parlamentare faceva da corrispettivo l'inviolabilità del governo monarchico [109]. D'altra parte, è indubbio che, già nella seconda metà dell'Ottocento, le costituzioni introdotte in diversi Stati tedeschi imponessero via via delle limitazioni ai poteri dei monarchi. Anche i giuristi, nella necessità di fare i conti con questo sviluppo, dovettero quindi rivedere in più punti le loro teorie sullo Stato e sulla natura del potere sovrano. Autori come Georg Jellinek [110], Georg Meyer [111] e Hermann Rehm [112] risolsero il problema assegnando la sovranità allo Stato e indicando nella monarchia l'«organo supremo» del medesimo [113]. Rispetto alla monarchia, la rappresentanza nazionale figurava ora come organo secondario ma non subordinato, poiché provvisto di una posizione e di poteri autonomi [114]. Il re cessava di essere l'unico

53) e del Regno del Württemberg (25 settembre 1819, al § 4; cfr. *Dokumente*, I, nn. 54-55). Anche su queste costituzioni si veda H. O. MEISNER, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip*, cit., pp. 236-248.

[108] «Poiché la Confederazione tedesca consiste, con l'eccezione delle tre città libere, di prìncipi sovrani, in base al principio fondamentale che da ciò risulta, occorre che tutto il potere statale rimanga unito nell'autorità suprema dello Stato, e il sovrano può essere vincolato da una costituzione per ceti alla collaborazione con questi ultimi, solo nell'esercizio di determinati diritti» (cfr. *Dokumente*, I, n. 30).

[109] Cfr. F. J. STAHL, *Das monarchische Prinzip*, Heidelberg 1845, e anche *Die Revolution und die konstitutionelle Monarchie*, Berlin 1849.

[110] Cfr. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900, in part. pp. 394-460 e 494-543.

[111] Cfr. MEYER-ANSCHÜTZ, pp. 267-380.

[112] Cfr. H. REHM, *Allgemeine Staatslehre*, Freiburg 1899, pp. 61-70 e 149-198.

[113] Cfr. soprattutto MEYER-ANSCHÜTZ, pp. 271-272.

[114] MEYER-ANSCHÜTZ, p. 138. Rehm, tuttavia, è di diverso avviso, ritenendo che: «Titolare del potere dello Stato è la persona fisica, o la molteplicità di persone fisiche riunite in collegio, che funge da rappresentante supremo – e non solo temporaneamente autorizzato – della soggettività del potere statale, e

titolare del potere statale e manteneva dei diritti sovrani solo entro i limiti fissati, per l'organo monarchico, dalla costituzione, mentre il popolo, divenuto a sua volta partecipe della sovranità, aveva nel parlamento la propria rappresentanza e, da moltitudine di sudditi quale era stato, si trasformava ora in comunità di cittadini.

Simili mutamenti nella scienza giuridica tedesca non fecero che accompagnare, con relativa fedeltà, lo sviluppo cui parallelamente si assisteva nell'ambito della politica. Rispetto alle vecchie costituzioni per ceti, il nuovo assetto monarchico-costituzionale era contrassegnato da un dualismo più netto, ma anche più stabile, fra esecutivo e parlamento e fra monarca e popolo, con ambiti di competenza meglio definiti [115]. Il «principio monarchico» divenne allora essenzialmente una formula atta a designare la somma dei fattori istituzionali (monarchia, burocrazia ecc.) che, nel corso dell'evoluzione complessiva, avevano conservato gran parte dei loro vecchi poteri. Ovvio che in ciò tale formula si contrapponesse al «principio parlamentare», nel cui concetto rientrava una moltitudine assai meno omogenea di elementi innovativi, che erano il prodotto di una società in trasformazione. Ma in base alle considerazioni fin qui svolte, penso sia chiaro che il significato storico e politico del «principio monarchico» non si esaurisse in questa semplice opposizione e riguardasse semmai una quantità di organi e di corpi statali in stretta connessione fra loro. Il crollo della monarchia tedesco-prussiana, nel 1918, non equivalse solo a una decapitazione del vecchio sistema di potere, ma coincise anche col punto di massima di un processo disgregativo che la guerra aveva contribuito a incentivare. Tale processo, anziché disintegrare gli elementi costitutivi del vecchio Impero, agì soprattutto nel senso di recidere quei legami che li univano e che facevan capo proprio alla monarchia, lasciando die-

nel cui nome, in caso di dubbio, sono immediatamente attivati tutti gli altri organi dello Stato» (cfr. *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 178).

[115] Su questo aspetto si veda anche D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmässigkeitsprinzipes*, Tübingen 1968², pp. 88-92.

tro di sé dei *disiecta membra*, ugualmente provvisti di un maggiore o minor grado di compattezza interna. In seguito, la presenza di queste bilie d'acciaio più o meno indistruttibili (burocrazia, esercito, magistratura, università) avrebbe seriamente compromesso ogni tentativo di ricomposizione dello Stato su basi unitarie e democratiche.

L'esempio più indicativo, al riguardo, concerne la burocrazia prussiano-imperiale e, in seconda battuta, quella dei singoli Stati. Già in Prussia, come osserva Hintze [116], dopo l'entrata in vigore della costituzione del 1850, questo gruppo di collaboratori della monarchia – che includeva anche i ministri – aveva assunto una fisionomia sempre più chiusa e compatta, accrescendo le proprie distanze sia dalle camere che dal resto del paese. Dopo la fondazione dell'Impero, la legge sui funzionari del 31 marzo 1873 [117] estese al nuovo Stato i principi della legislazione prussiana, che in seguito, durante gli anni '70 e '80, sarebbero stati adottati anche nell'amministrazione interna del Württemberg, del Baden, dell'Assia e della Sassonia. Al momento dell'entrata in servizio, la formula del giuramento – sanzionata dall'ordinanza imperiale del 29 giugno 1871 [118] – imponeva ai funzionari il vincolo di fedeltà e obbedienza nei riguardi dell'imperatore, oltre a prescriver loro l'osservanza della costituzione e delle leggi. Ma in ambito prussiano, questa formula assumeva un significato particolare, dal momento che, nel concetto di «fedeltà», era inclusa anche la fedeltà politica verso le direttive del governo, col divieto di appartenere ad associazioni di orientamento contrario. Oltre ad astenersi da qualsiasi manifestazione attiva contro il governo, i funzionari prussiani erano dunque tenuti a difenderne l'operato anche sul piano dell'ideologia e della polemica, se non addirittura della propaganda [119]. Almeno fino al 1914, il contenuto

[116] Cfr. O. Hintze, *Il ceto dei funzionari*, in *Stato e società*, cit., pp. 158-201 (in part. p. 178).

[117] *Quellensammlung*, pp. 124-150, n. 58.

[118] *Quellensammlung*, p. 112, n. 43.

[119] Il riferimento concerne soprattutto gli ultimi anni del secolo XIX, sotto il

e i limiti della «fedeltà politica» furono definiti via via dai governi entranti e dalla Suprema Corte Amministrativa prussiana, la quale, se non altro, ebbe il merito di tutelare la libertà formale d'opinione di questi «servitori dello Stato» [120]. E anche in seguito, durante la guerra, le ipotesi di riforma, che i nazionalliberali avanzarono onde snellire la macchina amministrativa [121] e assicurare ai funzionari una più ampia libertà d'associazione [122], rimasero praticamente sulla carta.

Del resto, come osserva Hans Ulrich Wehler, il fatto di occupare una posizione chiave all'interno dello Stato era già di per sé una pregiudiziale al livello del comportamento politico [123]. L'«incapsulamento programmato» [124] dei

governo del principe Chlodwig von Hohenlohe-Schillingsfürst. Cfr. H.-J. REJEWSKI, *Die Pflicht zur politischen Treue im preussischen Beamtenrecht (1850-1918). Eine rechtshistorische Untersuchung anhand von Ministerialakten aus dem Geheimen Staatsarchiv der Stiftung Preussischer Kulturbesitz*, Berlin 1973, pp. 110-125. Sulla burocrazia prussiana si vedano, fra gli altri, anche O. GOLDBERG, *Die politischen Beamten im deutschen Rechte, insbesondere im Reich, in Preussen und in Sachsen*, Dresden 1932; F. HARTUNG, *Studien zur Geschichte der preussischen Verwaltung im 19. Jahrhundert*, in *Staatsbildende Kräfte*, cit., pp. 178-344 (in part. pp. 248-275); B. STEINBACH, *Die politische Freiheit der Beamten unter der konstitutionellen Monarchie in Preussen und im Deutschen Reich*, Diss. Bonn 1962.

[120] Cfr. H.-J. REJEWSKI, *Die Pflicht*, cit., pp. 85-93 e 139-142.

[121] Si tratta della proposta avanzata dal *leader* nazionalliberale Robert Friedberg, allo scopo di eliminare i *Regierungspräsidien* e di depoliticizzare la carica di *Landrat*. Cfr. H. FENSKE, *Preussische Beamtenpolitik vor 1918*, in «Der Staat», XII, 1973, pp. 339-356 (in part. pp. 348-350).

[122] Il riferimento è soprattutto all'editto sulle autorità provinciali, rilasciato, il 1° ottobre 1917, dal ministro prussiano degli interni Bill Drews, che anticipò di una settimana la dichiarazione al *Reichstag* del cancelliere Michaelis, ove si riconosceva la libertà di coscienza e d'associazione a tutti i funzionari imperiali e prussiani, a patto però di non perseguire obiettivi «destabilizzanti» per l'Impero e per la Prussia (cfr. H.-J. REJEWSKI, *Die Pflicht*, cit., pp. 144-145). Viceversa, la «Delibera dello *Staatsministerium* sull'attività dei funzionari statali», emessa il 21 ottobre 1918 dalla Camera dei deputati prussiana, che pure riconosceva il diritto dei funzionari ad appartenere ad un partito politico, rimase forzatamente inattuata (*ibidem*, pp. 145-149).

[123] Cfr. H. U. WEHLER, *L'impero guglielmino*, cit., p. 85.

[124] L'espressione si trova in E. KEHR, *Das soziale System der Reaktion in Preußen unter dem Ministerium Puttkamer*, in *Der Primat der Innenpolitik. Gesammelte Aufsätze zur preussisch-deutschen Sozialgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, Berlin 1965, pp. 64-86 (citaz. p. 76).

funzionari non ebbe solo l'effetto di fornire al governo una possente cintura protettiva, ma fu pure determinante per la fisionomia che essi avrebbero acquisito come corpo e come «ceto». Fino al 1918, per la formazione dei quadri della burocrazia prussiana, fu sempre determinante «una rigida selezione, che non verteva affatto sulle sole capacità professionali, ma, specie per le cariche superiori, dipendeva assai fortemente da considerazioni d'ordine sociale e politico» [125]. In tal modo, l'esigenza di puntare su elementi di provata dedizione e fiducia ebbe come risultato una congrua presenza di elementi d'origine nobiliare – seppur meno numerosi che in passato – e il diffondersi di un processo d'autoriproduzione, mediante ricambio generazionale, che Hintze segnalava come tipico dell'intero apparato amministrativo [126].

Questo ceto compatto, i cui legami interni consistevano sia nel rapporto di fedeltà verso la monarchia, sia in un'estrazione sociale tendente all'omogeneità (fusione di elementi nobiliari e alto-borghesi), sia in autentici vincoli di parentela, doveva occupare a più riprese anche le riflessioni di Hugo Preuss. Ciò che egli riteneva più problematico era il carattere *obrigkeitsstaatlich* di questa burocrazia, che se da un lato ostacolava ogni tentativo di riforma amministrativa su basi democratiche, dall'altro non poteva affatto coesistere con la nuova costituzione. Ancora nel 1925, parlando dei mutamenti subentrati al crollo della monarchia imperiale, Preuss osservava che:

«A questo rovesciamento costituzionale si contrappone un'organizzazione amministrativa, la quale, nella sostanza, è stata mutuata senza cambiamenti dal vecchio sistema: nel suo nucleo, essa è infatti un lascito dell'assolutismo principesco» [127].

Del resto, già anni prima egli aveva notato che

[125] Cfr. H. Fenske, *Preussische Beamtenpolitik*, cit., p. 340.

[126] Cfr. O. Hintze, *Il ceto dei funzionari*, cit., pp. 183-184.

[127] Cfr. H. Preuss, *Deutschland und die preussische Verwaltungsreform* (1925), in *Staat, Recht und Freiheit*, cit., pp. 129-143 (citaz. p. 129).

«l'organizzazione amministrativa di uno Stato è determinata, in primo luogo, dal rapporto fra *amministrazione autoritaria* e *autogoverno*, dall'estensione e dall'intensità con la quale uno Stato, dal proprio centro, adempie alle funzioni dell'amministrazione interna mediante una gerarchia di funzionari articolata dall'alto verso il basso, oppure le trasmette al governo autonomo di consociazioni più ristrette e ai loro centri» [128].

Con ciò, egli indicava, quali obiettivi di una riforma, lo snellimento e il decentramento dell'amministrazione, la riduzione del sistema delle autorità mediante rafforzamento delle istanze locali, l'eliminazione delle molte cariche reggitoriali e la trasparenza dell'intera struttura, avendo cura di aggiungere che tutto ciò si sarebbe potuto ottenere solo «con la costruzione e la libertà dell'autogoverno» [129]. La nomina dei funzionari dall'alto andava sostituita il più possibile con la loro elezione dal basso, nell'ambito dei comuni e delle altre istanze mediane, secondo un orientamento che, un secolo prima, era stato indicato da Karl Freiherr vom Stein e da Karl August von Hardenberg, e che ora si trattava di riprendere e di sviluppare oltre [130].

[128] Cfr. H. PREUSS, *Burgfriedliche Kriegsgedanken zur Verwaltungsreform* (1915), in *Staat, Recht und Freiheit*, cit., pp. 102-109 (citaz. p. 106).

[129] *Ibidem*. La concezione preussiana dell'autogoverno non può essere compiutamente illustrata in questa sede. A puro titolo orientativo si può dire che essa trae spunto dalla realtà storica del *local government* inglese e si articola in aperta polemica con Rudolf von Gneist, ossia con colui che, negli anni '60 e '70, ne era stato il teorico, oltre ad aver collaborato direttamente all'attuazione delle riforme amministrative prussiane nello stesso periodo. Secondo Preuss, ancora nel 1920, la realtà tedesca offriva l'immagine di un «dualismo irrisolto» fra amministrazione autoritativa e autogoverno. «Il principio dell'autogoverno, in verità, ha aperto alcune brecce nel governo burocratico-autoritario, e lo ha fatto nella forma sia del costituzionalismo statale che dell'autoamministrazione comunale: ma in nessun modo ha saputo sostituirsi al governo suddetto, né nella sfera statale, né in quella dei comuni. Nonostante le costituzioni scritte, introdotte sia negli Stati singoli che nell'impero, non si può ancora parlare, assolutamente, di *national selfgovernment*» (cfr. H. PREUSS, *Die Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland*, in *Handbuch der Politik*, I, cit., pp. 266-286, citaz. pp. 267-268). Per un approfondimento della questione, oltre ai titoli citati alle note 90-91, si rinvia ancora a H. PREUSS, *Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband*, Tübingen 1908, II, pp. 197-245; e dello stesso, *Die Lehre Gierkes und das Problem der preussischen Verwaltungsreform*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Otto Gierke*, Breslau 1910, I, pp. 245-304.

[130] «La costruzione dello Stato nazionale tedesco si è compiuta, ma non "mediante la riforma", nel senso indicato da Stein. Gli istituti d'autogoverno sono

D'altra parte, al problema della burocrazia prussiana era connessa anche la questione decisiva, inerente al ruolo della Prussia nell'ambito della nuova Germania. Ciò, in considerazione del fatto che il suo territorio era pari ai 4/7 di quello nazionale, mentre la sua popolazione assommava ai 2/3 di quella complessiva. In una Germania ricostituita su basi democratiche si sarebbe posto il problema dell'assetto interno: se unitario o federale; e in quest'ultima ipotesi, il mantenimento delle strutture particolaristiche avrebbe fatto sì che, nella sola Berlino, si trovassero a coesistere sia il *Reichstag* e il governo nazionale, sia il *Landtag* e il governo prussiani, coi primi a rappresentare l'intero paese e i secondi i 2/3 del medesimo [131]. In un primo tempo, il governo rivoluzionario presieduto da Ebert non aveva nascosto le proprie preferenze per la soluzione unitaria [132]. Ma ben presto, l'atteggiamento ostile dei governi sud-tedeschi [133] rese tanto evidente il pericolo di una disgregazione interna da indurre Ebert e Haase a convocare una conferenza intergovernativa, a Berlino, per

stati estesi. E tuttavia, per noi, la ristrutturazione di Stein e Hardenberg non appartiene ad un passato ormai chiuso, né costituisce un solido patrimonio del presente, ma è un programma per il futuro» (cfr. H. PREUSS, *Stein-Hardenbergsche Neuorientierung* (1917), in *Staat, Recht und Freiheit*, cit., pp. 109-128, citaz. p. 128).

[131] Già nel 1917, in pieno conflitto mondiale, Preuss proponeva la fusione formale dei due governi nella persona del cancelliere e l'estensione anche al *Reichstag* della responsabilità che legava i ministri prussiani al loro *Landtag*. Ciò, nella convinzione che: «L'unitarietà di una conduzione politica veramente responsabile, tanto per l'Impero che per la Prussia, il parallelismo sia dei due governi, sia della composizione dei parlamenti tedesco e prussiano, sono le premesse indispensabili al superamento del sistema autoritario, il quale, in ultima analisi, si fonda sul potere, costruito artificiosamente dalla costituzione e al tempo stesso occultato, che il governo prussiano detiene sull'Impero» (cfr. *Vorschläge zur Abänderung der Reichsverfassung und der preussischen Verfassung, nebst Begründung*, in *Staat, Recht und Freiheit*, cit., pp. 290-335, citaz., pp. 297-298).

[132] Si veda in particolare l'*Aufruf* del Consiglio dei commissari del popolo, emesso il 12 novembre 1918, ove, senza il previo assenso dei singoli governi, sono varati sia un'amnistia generale per i reati politici, sia un diritto di voto unitario per l'elezione di tutti i *Landtage* (cfr. W. JELLINEK, *Revolution und Reichsverfassung*, cit., pp. 7-8; anche in *Dokumente*, III, p. 6, n. 7).

[133] Il governo sassone, ad esempio, con ordinanza del 30 novembre 1918, modificò in più punti le norme di diritto imperiale, inerenti alla procedura interna ai tribunali militari (cfr. W. JELLINEK, *Revolution und Reichsverfassung*, cit., p. 28).

il 25 novembre 1918. Il documento elaborato in quell'occasione, se da un lato obbligava tutte le popolazioni tedesche a operare per l'unità dell'Impero e a combattere le tendenze separatistiche, dall'altro riconosceva implicitamente la loro esistenza – e dunque il loro diritto all'autodeterminazione – come parti non assimilabili di una stessa comunità [134]. In tal modo, l'unica soluzione praticabile rimase quella federativa. Per evitare un ritorno all'«egemonia» prussiana, occorreva però decidere previamente se smembrare la Prussia e trasformarne le province in altrettanti *Länder*, o se delegare alle stesse la maggior parte dei compiti amministrativi, onde attuare il più ampio decentramento possibile. Va da sé che, in entrambi i casi, si sarebbero dovuti affrontare diversi ostacoli, primi fra tutti la disparità economica delle province prussiane (con la ricca Renania opposta alle arretrate regioni più a oriente), la compattezza del vecchio «ceto dei funzionari» (ostile alla repubblica e alla democrazia, ma di fatto ineliminabile [135]), e la struttura centralizzata dell'apparato statale, che, in tempi brevi, non si sarebbe potuto scomporre in una varietà di strutture provinciali d'autogoverno.

Nell'inverno del 1918, l'ipotesi di uno smembramento della Prussia poteva contare sull'appoggio di personalità autorevoli. Hans Delbrück [136], ad esempio, vedeva in essa e nell'unione fra Austria e Germania le risposte ideali alle «aspirazioni federalistiche» che, a suo giudizio, il popolo

[134] *Ibidem*. Nel documento, i governi davano inoltre la loro approvazione alla nomina di un'assemblea nazionale costituente, che il governo si impegnava a far eleggere al più presto.

[135] Notava infatti Preuss, ancora nel 1925: «Finché all'Impero manca l'ampia struttura di base di una propria organizzazione amministrativa, anche la sua burocrazia deve essere reclutata fra le fila di quelle dei *Länder*. E data la possente influenza che la burocrazia esercita sulla nostra vita pubblica, si può capire cosa questo significhi» (cfr. *Deutschland und die preussische Verwaltungsreform*, cit., p. 139). In effetti solo i vecchi funzionari potevano assicurare al momento i requisiti d'efficienza, competenza e preparazione che l'amministrazione pubblica generalmente richiede. Ad essi furono pure riconosciute le libertà politiche d'opinione e d'associazione, di cui sotto il vecchio regime non avevano mai pienamente goduto.

[136] Cfr. H. Delbrück, *Krieg und Politik*, Berlin 1919, III, p. 220.

tedesco avrebbe continuato a nutrire, in presenza di una repubblica destinata a centralizzare l'amministrazione fiscale e sociale, onde far fronte ad impegni presumibilmente sempre maggiori. Lo stesso si può dire per Friedrich Meinecke [137], il quale, intuendo quali fattori di disturbo sarebbero potuti derivare dalla presenza di un parlamento prussiano [138], proponeva lo smembramento del paese nelle sue province (ognuna provvista di una propria dieta) e la creazione di una rappresentanza «grande prussiana», composta non da deputati elettivi, ma da delegazioni inviate dalle diete provinciali. Infine, su posizioni analoghe, erano schierati tanto Felix Rachfahl [139], quanto Gerard Anschütz, il quale però, pochi anni dopo, parlando di sé e dei summenzionati, avrebbe dichiarato:

«Durante l'inverno rivoluzionario eravamo accomunati dall'idea secondo cui la Prussia aveva ormai esaurito la propria missione tedesca e non le rimaneva altro che offrirsi in sacrificio all'unità nazionale. "La Prussia deve morire, affinché la Germania possa vivere" . . . Oggi però . . . chi più chi meno abbiamo tutti abbandonato questa ipotesi» [140].

L'unico che forse, anche a distanza di qualche anno, con-

[137] Il riferimento è soprattutto al saggio dal titolo *Bemerkungen zum Entwurf der Reichsverfassung*, comparso in «Deutsche Politik», IV/5, 1919, e più volte citato in E. KURZE, *Die Nachwirkungen der Paulskirche und ihrer Verfassung in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung und in der Verfassung von 1919*, Berlin 1931, pp. 34-35. Del resto, per avere un'idea delle fonti cui facevan capo le proposte di Meinecke, è sufficiente rinviare al suo ben noto *Cosmopolitismo e Stato nazionale*, Firenze 1975, vol. II (tit. or. *Weltbürgertum und Nationalstaat*, München 1922).

[138] In effetti, nonostante le previsioni di Max Weber e Gerhard Anschütz, l'equiparazione del diritto elettorale prussiano e quello vigente nell'Impero (cfr. l'*Osterbotschaft* di Guglielmo II – del 7 aprile 1917 – e il suo *Reformerlass* dell'11 luglio 1917, in *Dokumente*, II, pp. 467-469, nn. 331-332) non sarebbe bastata a garantire l'omogeneità dei due parlamenti. Nel 1922, Anschütz scriveva: «In primo luogo, nonostante il medesimo sistema elettorale, i due parlamenti . . . non sono divenuti così omogenei come si credeva e anzi, talvolta, nella loro composizione partitica, sono persino abbastanza eterogenei. E poi, per ciò che riguarda la composizione e il comportamento dei due governi, questa eterogeneità si avverte più oggi che in passato, data la maggior dipendenza del governo dal parlamento, conseguente all'adozione del sistema parlamentare» (cfr. G. ANSCHÜTZ, *Das preussisch-deutsche Problem*, cit., p. 7).

[139] Cfr. F. RACHFAHL, *Preussen und Deutschland*, cit., pp. 31-46.

[140] Cfr. G. ANSCHÜTZ, *Das preussisch-deutsche Problem*, cit., p. 13.

tinuò a crederci, fu proprio Hugo Preuss, nonostante gli ostacoli insormontabili contro i quali questo proposito era destinato a far naufragio. Nella *Denkschrift*, che egli allegò al suo progetto di costituzione [141] in data 3 gennaio 1919, si poteva leggere fra l'altro:

«Uno Stato singolo che ricopre da solo i 4/7 dell'intero Impero è però possibile solo come Stato egemone. E dal momento che un'egemonia prussiana sulla Germania è divenuta oggi impossibile, lo stesso occorre dire anche per la presenza di una Prussia unitaria nell'Impero» [142].

E poco più avanti:

«La scomparsa dell'egemonia prussiana sulla Germania, che sarebbe impossibile senza la scomparsa della Prussia come Stato unitario, avrà anche l'effetto benefico di alleviare la posizione già tanto pesante della Germania nel contesto internazionale: e soprattutto indebolirà le tensioni interne, di origine particolaristica, la cui fonte inesauribile fu da sempre il particolarismo egemonico della Prussia» [143].

Su queste basi, il suo progetto originario prevedeva, al §29, la creazione di una «camera degli Stati», la quale, a differenza del vecchio *Bundesrat*, avrebbe dovuto consistere di deputati elettivi e riflettere la nuova suddivisione dell'Impero, conseguente all'annessione dell'Austria e allo smembramento della Prussia [144]. Parimenti, quello che egli

[141] In effetti, i progetti di Preuss furono due. Il primo, mai reso noto ufficialmente, era suddiviso in 68 paragrafi, nei quali, fra l'altro, erano previsti l'introduzione del sistema bicamerale di tipo americano (§ 26, comma 3), il periodo di legislatura di cinque anni (§ 31) e il veto sospensivo del presidente della repubblica, per le leggi approvate dal *Reichstag* (§ 55, comma 2).

[142] Cfr. H. PREUSS, *Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919*, in *Staat, Recht und Freiheit*, cit., pp. 368-394 (citaz. p. 375).

[143] *Ibidem*, p. 376.

[144] Cfr. W. JELLINEK, *Revolution und Reichsverfassung*, cit., p. 47. Il nuovo Impero avrebbe dovuto consistere di 16 unità amministrative, fra le quali: la Prussia (ridotta alle tre sole province di Prussia orientale, Prussia occidentale e Bromberg), la Slesia, il Brandemburgo, Berlino, la bassa Sassonia, l'unione delle tre città anseatiche, l'Alta Sassonia, la Turingia, la Westfalia, l'Assia, la Renania, la Baviera, il Württemberg, il Baden, l'Austria tedesca (Deutsch-Oesterreich) e Vienna. Stando al commento di Willibalt Apelt: «Preuss era convinto che il potere dell'Impero andasse perfezionato e che gli si dovesse concedere una sorta di plenipotenziarietà anche e soprattutto nei riguardi degli Stati membri, onde poter subentrare all'egemonia prussiana e sostituirvisi. Gli sembrava infatti che

in seguito presentò come progetto governativo alla conferenza degli Stati tedeschi – apertasi a Berlino il 25 gennaio 1919 –, disponeva, al §11, che al popolo fosse lasciata la libertà di creare, all'interno dell'Impero, dei nuovi Stati, o mediante unione, o mediante scissione di quelli già esistenti. Al §12 erano poi enunciate alcune disposizioni generali, che gli Stati avrebbero dovuto seguire, tanto nelle loro nuove costituzioni, quanto nell'amministrazione interna [145]. Infine, i membri della «camera degli Stati» sarebbero stati eletti per via indiretta dalle loro diete e avrebbero dovuto disporre di un libero mandato. Quest'ultimo punto, tendente a porre la «camera degli Stati» in posizione subalterna rispetto al *Reichstag* (che invece sarebbe stato eletto direttamente dal popolo), era indicativo della volontà di Preuss di lasciare il minor spazio possibile alle istanze «federalistiche», per puntare su di un rafforzamento dell'Impero, nella prospettiva dello Stato unitario. Ma la conferenza degli Stati elevò al riguardo molteplici obiezioni, tanto da indurre il governo a modificare il progetto Preuss su alcuni punti importanti [146]. In seguito, tali concessioni sarebbero divenute una regola, dato che il progetto definitivo, presentato all'Assemblea Costituente il 21 febbraio 1919, fu propriamente il risultato di una serie di compromessi fra il governo centrale e i

non solo fosse auspicabile un consistente ampliamento delle competenze dell'Impero, in ambito sia legislativo che amministrativo (nell'esercito, nelle finanze e nel commercio), ma che si rendesse pure indispensabile una nuova suddivisione interna, tale da eliminare i piccoli Stati (che l'evoluzione futura avrebbe reso incapaci di mantenersi autonomamente) e, ancor più, di allontanare la minaccia del conflitto fra Prussia e Impero, sempre incombente sul futuro della Germania» (cfr. W. APELT, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, München 1946, p. 80).

[145] Cfr. W. JELLINEK, *Revolution und Reichsverfassung*, cit., p. 47. Fra le altre cose, i compiti di polizia locale erano espressamente assegnati ai comuni ed era pure prevista l'eliminazione dei *Gutsbezirke* autonomi.

[146] Infatti, al posto del § 11, la conferenza degli Stati ottenne che, nel nuovo progetto, fosse introdotto l'art. 15, ove si leggeva, fra l'altro, che la formazione di nuovi Stati membri, mediante unione o scissione di quelli già esistenti, avrebbe dovuto verificarsi sulla base di interessi comuni, di tipo amministrativo o economico, e dare origine a unità nuove, la cui popolazione non avrebbe dovuto essere inferiore al milione di abitanti (cfr. H. PREUSS, *Reich und Länder. Bruchstücke eines Kommentars zur Verfassung des Deutschen Reiches*, aus dem Nachlass des Verfassers hrsg. von G. ANSCHÜTZ, Berlin 1928, p. 172).

governi degli Stati membri. Ma per meglio comprendere la natura e le ragioni di tali compromessi, occorre soffermarsi ancora per un attimo sulla questione del rapporto fra il potere unitario dell'Impero e il particolarismo statale (soprattutto sud-tedesco), per come venne riproponendosi nell'inverno 1918-1919.

Già l'anno prima, a conclusione di uno dei suoi saggi più sofferti, Erich Kaufmann aveva posto l'alternativa:

«Se si vuole che il nostro Impero resti uno Stato federale, con la sua ricca e unitaria dotazione di competenze, occorre rinunciare alla presenza di ministeri imperiali e di un governo parlamentarizzato, poiché sforzarsi di riunire le due cose è lo stesso che cercare la quadratura del cerchio» [147].

Con ciò, egli elogiava la costituzione bismarckiana, per aver risolto il problema dell'unificazione tedesca in quello che, a suo giudizio, restava ancora il solo modo possibile: nella forma, cioè, di uno Stato federale, sostenuto politicamente dall'egemonia prussiana. Ma in realtà, il significato della scelta «federalistica», attuata da Bismarck nel 1871, era consistito soprattutto nel creare un'alleanza fra le dinastie regnanti e le burocrazie tedesche, onde arginare il pericolo incombente della parlamentarizzazione e della democrazia [148]. Dinnanzi al controllo che la Prussia era venuta assumendo via via sul *Bundesrat*, al potenziamento dell'amministrazione imperiale, al regresso cui le

[147] Cfr. E. KAUFMANN, *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung*, cit., p. 217.

[148] Come sostenne Anschütz nel 1924: «Ciò che Bismarck combatteva non era affatto l'unitarismo come tale e in senso lato, ma solo una sua determinata corrente: quella democratico-parlamentare che, in concorrenza con l'unitarismo egemonico della Prussia, era sostenuto dal potere lentamente ma stabilmente crescente del *Reichstag*» (cfr. G. ANSCHÜTZ et al., *Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 1, 1924, pp. 14-15). Ma ancor prima, nel 1918, Max Weber aveva notato che «un'assicurazione dinastico-burocratica delle prebende, manifestantesi praticamente nella garanzia di una larga immunità da controlli offerta alla burocrazia, è stata ed è ciò che in Germania si nascondeva e si nasconde dietro la parola d'ordine di "difesa del federalismo"; immunità da controlli anche e soprattutto all'interno dell'amministrazione dei singoli Stati» (cfr. *Parlamento e governo*, cit., p. 194).

forze particolaristiche prussiane (agrari e partito conservatore) erano andate incontro anche all'interno del loro *Landtag* [149], e alla sostanziale unità d'interessi che si era instaurata, di conseguenza, fra la Prussia e l'Impero: dinnanzi a tutto questo, insomma, i governi degli Stati membri non avevano opposto soverchie resistenze, sia per i diritti di sovranità che ancora esercitavano all'interno, sia soprattutto perché la semplice presenza del *Bundesrat* bastava già ad impedire la parlamentarizzazione dell'Impero, che per loro era il pericolo più grave. Solo un Impero centralizzato e unitario, con governo parlamentare, avrebbe infatti potuto esautorare questi governi e ridurre gli Stati membri a meri enti amministrativi. Viceversa, il *Bundesrat* fu fino all'ultimo lo strumento mediante il quale le burocrazie tedesche videro tutelati i loro *Reservatrechte* [150], nel nome di un federalismo inesistente e di una «sovranità» che la Prussia, ancorché egemone nell'Impero, non aveva alcun interesse a calpestare. Ovvio pertanto che, una volta scomparse le dinastie regnanti e l'egemonia prussiana, il «particolarismo statale» riprendesse vigore, soprattutto da parte bavarese [151], e oltre ad esigere il mantenimento del *Bundesrat* si pronunciasse contro lo smembramento e la «mediatizzazione» della Prussia, il cui go-

[149] Ciò fu dovuto sia allo sviluppo della società industriale, sia al sistema elettorale «plutocratico» a tre classi vigente in Prussia, il quale, proprio per via del progresso dell'industrializzazione, finì col privilegiare non più il ceto agrario-nobiliare, ma soprattutto quello imprenditoriale-borghese: più solido, meglio organizzato e tendenzialmente in crescita sotto il profilo numerico. Ciò anche se è indubbio che, fra le fila dei conservatori, cominciarono ad apparire sempre più spesso elementi dell'alta borghesia.

[150] Cfr. M. RAUH, *Föderalismus und Parlamentarismus*, cit., p. 14, e *Die Parlamentarisierung* cit., pp. 17-54. Si veda inoltre O. NIRRNHEIM, *Der Begriff des Reservatrechts im Sinne der Verfassung des Deutschen Reiches*, in «AöR», XXV, 1909, pp. 579-631.

[151] Si pensi in particolare alla campagna condotta, già nel 1918, dalla «Bayerische Staatszeitung» contro la parlamentarizzazione dell'Impero, intesa come «centralismo»: campagna cui accenna Max Weber (cfr. *Parlamento e governo*, cit., p. 200). Su questo e su altri aspetti si vedano anche, dello stesso, *Bayern und die Parlamentarisierung im Reich* (1917), in *Max Weber Gesammtausgabe*, Abt. I, Bd. XV: *Zur Politik im Weltkrieg. Schriften und Reden 1914-1918*, hrsg. von W. J. MOMMSEN in Zusammenarbeit mit G. HÜBINGER, Tübingen 1984, pp. 330-338; M. FASSBENDER, *Westdeutschland los von Preussen?*, Berlin 1919; F. ZAHN, *Bayern und die Reichseinheit*, München 1919.

verno e il cui *Landtag* (seppur democratizzato) avrebbero potuto contrapporsi agli organi dell'Impero e far da ostacolo a eventuali sviluppi in senso unitario [152].

In una simile situazione, si può capire come anche l'ipotesi di una «camera degli Stati», ideata da Preuss – e da Weber [153] – con riferimento alla costituzione francofortese del 1849 [154], non fosse destinata a prender corpo. La commissione degli Stati membri, istituita dalla legge sul governo provvisorio del 10 febbraio 1919 [155], ottenne che, nel progetto definitivo di costituzione, al posto di una camera federale elettiva, fosse introdotto un consiglio federale (il futuro *Reichsrat*), formato dai delegati dei singoli governi. Fu inoltre deciso che all'interno di tale consiglio i voti di ciascuno Stato venissero espressi solo all'unanimità: cosa che, implicitamente, avrebbe legato i deputati alle istruzioni dei rispettivi governi, negando loro la possibilità di fruire di un libero mandato. Al posto di un sistema bicamerale fu così mantenuto lo schema bismarckiano, comprendente il *Reichstag*, come camera elettiva, e una rappresentanza dei governi affiliati, quale organo separato e simile, in larga parte, al vecchio *Bundesrat* [156]. Per quanto

[152] Viceversa, l'Assemblea Costituente prussiana, nella seduta del 15 dicembre 1919, si espresse a larga maggioranza in favore dell'ipotesi di uno Stato tedesco unitario, invitando il governo imperiale a compiere i primi passi in tal senso. Cfr. G. ANSCHÜTZ, *Das preussisch-deutsche Problem*, cit., p. 11. Giustamente nel 1922, lo stesso Anschütz poteva scrivere che, «in un certo senso, e in misura persino prevalente, la questione prussiana è questione b a v a r e s e!» (p. 14).

[153] Cfr. M. WEBER, *La futura forma istituzionale della Germania* (dicembre 1918), in *Parlamento e governo e altri scritti*, cit., pp. 231-275 (in part. pp. 250-256). Stando a quanto riferisce Walter Jellinek (cfr. *Revolution und Reichsverfassung*, cit., p. 46), Hugo Preuss, nel dicembre 1918, chiese la consulenza di due colleghi di partito – Max Weber e Gerhard Anschütz – per la stesura del progetto di costituzione. Anschütz non poté accogliere l'invito, mentre Weber partecipò per certo a una riunione che si tenne, presso il Ministero degli interni, nelle giornate dal 9 al 12 dicembre 1918.

[154] Si vedano in particolare i §§ 86-92 di tale costituzione (cfr. *Dokumente*, I, n. 102, pp. 312-313).

[155] Per il testo di questa legge, cfr. W. JELLINEK, *Revolution und Reichsverfassung*, cit., p. 32 (in part. il § 2).

[156] In base agli artt. 60-67 della costituzione di Weimar, ogni *Land* doveva possedere nel *Reichsrat* almeno un seggio, mentre per i *Länder* maggiori, la propor-

infine concerne la suddivisione interna dell'Impero, si stabilì, per il momento, di non apportarvi modifiche e di lasciare che, nel nome della sovranità popolare, fossero i tedeschi a decidere autonomamente sull'eliminazione di certi Stati o sulla creazione di altri. Tali decisioni sarebbero state regolamentate dall'art. 18 della nuova costituzione [157].

Il compito della Costituente di Weimar doveva consistere soprattutto nell'assicurare «la salvaguardia, il mantenimento e il rafforzamento» [158] dell'unità nazionale tedesca. A ciò, nell'opinione di Preuss [159] e del governo provvisorio, avrebbero contribuito principalmente i nuovi poteri assegnati dalla costituzione ai due organi elettivi: il presidente della repubblica e il *Reichstag*. Ma per quanto riguarda quest'ultimo, ai nuovi poteri avrebbero fatto da corrispettivo anche funzioni ben diverse da quelle rico-

zione era di un seggio per ogni 700.000 abitanti o per ogni frazione superiore a 350.000 abitanti. Nessun *Land* avrebbe potuto fruire di più dei 2/5 dei seggi complessivi. Inoltre, la convocazione del *Reichsrat* doveva aver luogo, da parte del governo, su richiesta di almeno un terzo dei membri di quest'organo. Viceversa, con l'ordinanza interna del 20 novembre 1919, fu lo stesso *Reichsrat* a proclamarsi quale assemblea permanente. Cfr. S. Brie, *Reichstag und Reichsrat in kritischer und rechtspolitischer Beleuchtung*, in *Handbuch der Politik*, III, cit., pp. 52-61; C. Bilfinger-C. Heyland, *Der Reichsrat*, in Anschütz-Thoma, I, pp. 545-577; G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Berlin 1933, pp. 335-357; O. Meisner, *Das neue Staatsrecht des Reichs und seiner Länder. Systematisch dargestellt*, Berlin 1921, pp. 100-107; F. Stier-Somlo, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein systematischer Ueberblick*, Bonn 1919, pp. 150-152; L. Wittmayer, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen 1922 (Neudr., Aalen 1974), pp. 373-405.

[157] L'art. 18 prevedeva, fra l'altro, che i mutamenti territoriali interni venissero sanciti con legge costituzionale, e che però (commi 2-3) sarebbe anche bastata una legge ordinaria, qualora i *Länder* direttamente interessati si fossero detti d'accordo sulla questione, o nel caso in cui, mancando l'assenso di un *Land*, la popolazione fosse ugualmente favorevole al mutamento proposto, e lo manifestasse in sede di plebiscito con una maggioranza dei 3/5. Per un commento su questo articolo, cfr. H. Preuss, *Reich und Länder*, cit., pp. 154-235.

[158] Cfr. H. Preuss, *Das Verfassungswerk von Weimar* (1918), in *Staat, Recht und Freiheit*, cit., pp. 421-428 (citaz. p. 422).

[159] Per una discussione sulle fonti teoriche della concezione di Preuss, relativa al «sistema parlamentare», si rimanda a F. Glum, *Das parlamentarische Regierungssystem in Deutschland, Grossbritannien und Frankreich*, München-Berlin 1965², pp. 161-166, e a F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, cit., in particolare pp. 122-129.

perte in passato. Anziché una critica negativa verso l'operato del governo, il *Reichstag*, oltre a legiferare, era ora chiamato a garantire sia la formazione di maggioranze stabili, sia la valorizzazione del sistema dei partiti, intesi come strumenti per l'apprendistato e la selezione dei *leaders* politici. In pratica, esso avrebbe dovuto assumere la guida politica del paese e con ciò delle responsabilità che, fino ad allora, non aveva potuto né voluto condividere, puntando piuttosto ad acquisire «un potere sul governo e non il potere di governo» [160]. Forse mai come in questo caso dovevano apparire evidenti le distanze e i limiti storici che separavano la vita politica tedesca da quella di paesi ormai da tempo a regime parlamentare: in particolare, la Gran Bretagna, gli Stati Uniti e la Francia. Come sostiene Ernst Fraenkel [161], quel che mancava in Germania era la tradizione dei grandi dibattiti parlamentari, ove pubblicamente veniva posta in gioco l'esistenza stessa di un governo: era la flessibilità sia ideologica che pratica dei deputati, come pure la solidarietà fra i medesimi, dovuta alla consapevolezza di appartenere ad uno stesso corpo politico e dunque di condividere delle precise responsabilità. Viceversa, in un paese ove la formazione di grandi burocrazie gerarchizzate, incorruttibili e giuridicamente protette, aveva precorso la nascita dei moderni parlamenti, anche lo stile della politica si era sviluppato autonomamente, con pregi e difetti del tutto peculiari. In primo luogo, non si era mai istituita una demarcazione precisa fra le funzioni e gli incarichi amministrativi, e quelli più propriamente politici. In secondo luogo, la tradizione degli *Honoratioren*, protrattasi anche nell'epoca della «partitizzazione», se per un verso aveva preservato lo Stato dall'influenza – o dal patronato – di singole fazioni, per l'altro aveva cresciuto una classe politica che operava all'insegna della «fedeltà ai principî», e ai cui occhi la prassi parlamentare, con le sue strategie trasformistiche e com-

[160] Cfr. J. J. SHEENAN, *Political Leadership in the German Reichstag, 1871-1918*, in «American Historical Review», LXXIV, 1968, pp. 511-528 (cit. p. 527).

[161] Cfr. E. FRÄNKEL, *Historische Vorbelastungen des deutschen Parlamentarismus*, cit., pp. 23-24.

promissorie, appariva un gioco frivolo se non addirittura sconveniente. Privi di flessibilità e di *fair play*, alieni da responsabilità dirette di governo, rigidamente ancorati agli interessi e alle direttive dei loro partiti, i parlamentari tedeschi avevano offerto per decenni quello spettacolo di meschinità e inefficienza che Weber, nel 1918, stigmatizzava con particolare durezza [162]. Del resto, già anni prima, anche un conservatore come l'ex cancelliere principe Bernard von Bülow aveva dovuto esprimersi in questi termini:

«La proverbiale fedeltà tedesca si rivolge in primo luogo alla piccola associazione politica e soltanto in secondo luogo alla grande comunità nazionale. Un governo tedesco, nella maggior parte dei casi, solleciterà invano il grande attaccamento che si offre spontaneamente all'ideale di partito. Lo stesso Bismarck ha dovuto accorgersene. Il vincitore del particolarismo di Stato non ha potuto domare il particolarismo dei partiti» [163].

Nella Germania dei primi del '900, il sistema dei partiti era espressione di una società, nella quale il processo

[162] Cfr. M. WEBER, *Parlamento e governo*, cit., pp. 80-114.

[163] Cfr. B. VON BÜLOW, *Germania imperiale*, Milano 1914, p. 147. Poco importa, in questo caso, osservare come le critiche negative di Bülow tendessero a valorizzare, per converso, la funzione storica della monarchia tedesco-prussiana, quale unico, autentico fattore d'integrazione politica nazionale. Piuttosto non sarà male tener conto del suo giudizio conclusivo, che suona in questi termini: «Ciò che manca politicamente a noi tedeschi, non si conquista con mutamenti nel campo costituzionale. I partiti stessi, a favore dei quali andrebbe un aumento di diritti, spesso mancano purtroppo ancora di retto giudizio politico, di educazione politica e di senso dello Stato. In Germania una gran parte delle persone istruite, alle quali spetta il comando della vita di partito, è ancora indifferente, se non addirittuara ostile alla vita politica. Uomini intelligenti ed istruiti proclamano spesso con una certa fierezza, di non capire niente in politica e di non volerne sapere. Spesso è stupefacente l'ignoranza nelle cose più elementari della vita dello Stato. Sono passati i tempi nei quali poco importva per la salute dello Stato, che la nazione capisse più o meno le leggi che le venivano date. Oggi la legislazione non è più in mano dei funzionari più o meno competenti, ma v'è il Parlamento che collabora. Ma anche ai nostri giorni l'attività delle frazioni si svolge in modo che poco differisce da quello dell'antico funzionarismo: con assoluta mancanza d'intendimento e di giudizio in buona parte del popolo. Per questioni economiche, si muovono, è vero, i gruppi d'interessi nell'agricoltura, nel commercio e nell'industria, per alcune questioni speciali si muovono le associazioni fondate per speciali ragioni, ma in generale, le decisioni del Parlamento vengono accolte con la passività propria alla limitata intelligenza del suddito d'altri tempi» (pp. 348-349).

d'industrializzazione, per come si era svolto, aveva creato nuovi fattori di divisione senza intaccare più di tanto quelli vecchi, risalenti sia al dualismo confessionale, sia ai rapporti consolidatisi, per tradizione, nell'ambito dell'economia agraria e mercantile. Come sottolinea Wehler:

«Grandi erano infatti le differenze tra gli Junker dell'Est dell'Elba ed i conservatori protestanti della Germania Sud occidentale, tra i democratici del Baden ed i liberi commercianti delle città dell'Hansa; e tra tutti questi e i magnati cattolici della Slesia, gli operai sassoni, i contadini del Reno» [164].

A ciò bisogna aggiungere che, formatisi per lo più anzitempo rispetto alla fondazione dell'Impero, i partiti tedeschi erano contraddistinti da una forte impronta regionale, dovuta agli stretti rapporti che essi intrattennero, fin dall'inizio, con gruppi sociali e interessi economici determinati [165]. Infine va ricordato che il perno principale di ogni formazione partitica, in Germania, era costituito da una «visione del mondo» alla quale si ispiravano direttamente i singoli programmi, col risultato di valorizzare più i principî che le possibilità concrete d'azione. Proprio dalla difficoltà – o dall'incapacità – di mediare fra le due cose dipese, secondo Thomas Nipperdey, quel contegno difensivo, opportunistico e passivamente adattivo, che tutti i partiti, ad esclusione della socialdemocrazia, finirono per assumere più volte nei riguardi del governo [166].

In un sistema parlamentare, il ruolo dei partiti politici sta

[164] Cfr. H.-U. Wehler, *L'impero guglielmino*, cit., p. 88.

[165] Gerhard A. Ritter, fa notare come, ancora nel 1912, durante le elezioni per il *Reichstag*, nessun partito fosse presente con candidati propri in più del 56% dei collegi. Cfr. G. A. Ritter, *Politische Parteien in Deutschland vor 1918*, in *Arbeiterbewegung, Parteien und Parlamentarismus. Aufsätze zur deutschen Sozial- und Verfassungsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*, Göttingen 1976, pp. 102-115 (anche come Einleitung a *Deutsche Parteien vor 1918*, hrsg. von G. A. Ritter, Köln 1973, pp. 9-29).

[166] Cfr. Th. Nipperdey, *Grundprobleme der deutschen Parteigeschichte im 19. Jahrhundert*, in *Gesellschaft, Kultur und Theorie. Gesammelte Aufsätze zur neueren Geschichte*, Göttingen 1976, pp. 89-112 (anche in *Deutsche Parteien vor 1918*, cit., pp. 32-55).

nel fungere da tessuto connettivo fra la società civile e lo Stato, ossia nell'integrare, da un lato, gli interessi materiali della base e nel mediarli, dall'altro, sulla scena politica. Ciò, in larga misura, valeva anche per l'Impero bismarckiano-guglielmino, il quale, pur non essendo un sistema parlamentare, doveva necessariamente concedere al *Reichstag* un'importanza sempre maggiore nell'ambito della legislazione sociale ed economica. Si può allora affermare che, delle due funzioni suindicate, i partiti tedeschi seppero svolgere efficacemente soprattutto la prima: che cioè coagularono al loro interno una quantità di interessi (per lo più già organizzati, in forma di associazioni e gruppi), assicurando loro una valida tutela nei riguardi del potere politico [167]. Ma al tempo stesso, proprio perché capaci di funzionare s o l o come rappresentanze d'interessi, questi partiti permisero al governo di speculare sulle loro rivalità e di procurare via via, alle proprie politiche, l'appoggio di maggioranze mutevoli a seconda dei momenti. Sotto questo aspetto, il cartello delle destre, creato da Bismarck nel 1887, e il «blocco Bülow» non furono che gli esempi più eclatanti. Si pongono pertanto due domande: *a*) è lecito sostenere, in accordo con Bergsträsser, che, nel periodo 1871-1918, i partiti tedeschi abbiano comunque operato – magari inconsapevolmente – allo scopo di favorire un'evo-

[167] Per ciò che riguarda la composizione organica di tali interessi si vedano, ad esempio: H. A. WINCKLER, *Pluralismus oder Protektionismus? Verfassungspolitische Probleme des Verbandswesens im Deutschen Kaiserreich*, in *Liberalismus und Antiliberalismus. Studien zur politischen Sozialgeschichte del 19. und 20. Jahrhunderts*, Göttingen 1979, pp. 163-174; H. BÖHME, *L'ascesa della Germania a grande potenza. Economia e politica nella formazione del Reich 1848-1881*, Milano-Napoli 1970, in part. pp. 376-403; D. STEGMANN, *Die Erben Bismarcks. Parteien und Verbände in der Spätphase des Wilhelminischen Deutschlands. Sammlungspolitik 1897-1918*, Köln-Berlin 1970. Sul rapporto fra partiti e gruppi d'interessi si vedano inoltre: E. LEDERER, *Das ökonomische Element und die politische Idee im modernen Parteiwesen* (1913), in *Deutsche Parteien vor 1918*, cit., pp. 120-136; M. R. LEPSIUS, *Parteiensystem und Sozialstruktur: zum Problem der Demokratisierung der deutschen Gesellschaft, ibidem*, pp. 56-80; TH. NIPPERDEY, *Interessenverbände und Parteien in Deutschland vor dem Ersten Weltkrieg*, in *Gesellschaft, Kultur, Theorie*, cit., pp. 319-337 (anche in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, hrsg. von H.-U. WEHLER, Köln-Berlin 1968, pp. 369-388); G. A. RITTER, *Kontinuität und Umformung des deutschen Parteiensystems 1918-1920*, in *Arbeiterbewegung, Parteien und Parlamentarismus*, cit., pp. 116-157.

luzione verso il sistema parlamentare? [168]; e *b*) nella proliferazione dei gruppi d'interesse, intesi quali forme d'autodeterminazione della società, e nella capacità che acquisirono, già durante l'Ottocento, di incidere sulle strutture statali, si può cogliere un «effetto di democratizzazione» e di trasformazione dello Stato, come sembra suggerire Ernst Rudolf Huber? [169]

Per rispondere occorre tener presente almeno una cosa: che se la costituzione bismarckiana escludeva in via di principio la possibilità di un governo parlamentare [170], il particolarismo dei partiti, a sua volta, era quanto mai funzionale ad una conduzione monarchica dello Stato [171]. Come rappresentanze d'interessi o come mere formazioni ideologiche, essi erano infatti nella condizione di criticare il governo e di trattare con esso su questioni singole, ma in nessun modo sarebbero stati in grado di dar vita a maggioranze stabili, su programmi di più ampia portata, coi quali proporsi i n a l t e r n a t i v a al governo. Sotto questo aspetto, si può anche credere che l'imperatore e i cancellieri fossero disponibili a consultare il *Reichstag* sulle questioni di politica sociale ed economica, e non solo in ossequio alla costituzione! Il potere che i partiti acquisivano in simili occasioni era già sufficiente a convincerli della superiorità del sistema tedesco su quello britannico, ove un governo di gabinetto, detenuto interamente dal

[168] Cfr. L. BERGSTRÄSSER, *Geschichte der politischen Parteien in Deutschland*, München 1955$^{8\text{-}9}$, p. 130.

[169] Cfr. E. R. HUBER, *Das Verbandswesen des 19. Jahrhunderts und der Verfassungsstaat*, in *Bewahrung und Wandlung*, cit., pp. 106-131.

[170] Si pensi in particolare all'art. 9 comma 2 della costituzione bismarckiana, che recitava: «Nessuno può essere a un tempo membro del *Bundesrat* e del *Reichstag*» (cfr. *Dokumente*, II, p. 293).

[171] Scriveva in proposito Otto Hintze: «Nel presente si realizza in misura inaspettata ciò che Bismarck – dal punto di vista di una conduzione monarchica dello Stato – desiderava: cioè che i partiti potessero giocare come comunità d'interessi economico-sociali fortemente caratterizzate, con le quali si potesse fare i conti e condurre la politica secondo il principio del do-ut-des» (cfr. *Il principio monarchico e il regime costituzionale*, cit., p. 41). Al medesimo riguardo si veda anche E. PIKART, *Die Rolle der Parteien im deutschen konstitutionellen System vor 1914*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 295-318.

partito di maggioranza, poteva sempre ridurre all'impotenza le forze d'opposizione e svuotare di significato l'intera istituzione parlamentare [172]. Inoltre, l'ipotesi parlamentaristica era temuta soprattutto dai partiti mediani, i quali, nell'eventualità di un'alternanza fra maggioranze progressiste e conservatrici, vedevano il pericolo di trovarsi stabilmente esclusi dal governo e di perdere con ciò quell'influenza che il sistema esistente permetteva loro di esercitare [173]. In definitiva, ogni partito – ad eccezione dei liberal-radicali e della socialdemocrazia – tendeva a scartare tale ipotesi, nel timore di accrescere, a proprio danno, le *chances* di successo dei partiti rivali [174].

Questa sorta di adeguamento, di tacita accettazione dello *status quo*, trova qui un'ulteriore spiegazione nello stretto legame che i partiti mantennero, anche in epoca weimariana, con i *milieux* sociali, economici e culturali da cui erano venuti costituendosi. Ciò, fra le altre cose, fu anche determinante per le loro fortune in sede elettorale. Come dimostrano le analisi di M. R. Lepsius [175], la relativa stabilità del quadro politico tedesco – non solo nell'età dell'Impero, ma anche oltre, fino al 1928 – dipese dalla capacità dei quattro partiti maggiori di conservare un'identità originale, fatta di principî e di interessi ben precisi. Nonostante l'incremento demografico e i nuovi rapporti sociali, che venivano sviluppandosi in Germania per effetto dell'industrializzazione, questa «fedeltà alle origini» si dimostrò ancora per molti anni una carta vincente. Se è vero che la *Zentrumspartei* e la SPD potevano già considerarsi *ab initio* quali associazioni d'interesse (a tutela, rispettivamente, dell'elettorato cattolico e di quello operaio), è innegabile che anche i conservatori, appoggiati dal 1897 dal *Bund der Landwirte*, furono sempre espressione-

[172] Cfr. D. GROSSER, *Vom monarchischen Konstitutionalismus zur parlamentarischen Demokratie. Die Verfassungspolitik der deutschen Parteien im letzten Jahrhundert des Kaiserreiches*, Den Haag 1970, p. 209.

[173] *Ibidem*, p. 4.

[174] *Ibidem*, p. 3.

[175] Cfr. M. R. LEPSIUS, *Parteiensystem und Sozialstruktur*, cit.

di uno strato sociale protestante, cultore di stili di vita ispirati dalla tradizione e formato, in prevalenza, dai grandi proprietari terrieri delle province prussiane orientali. Per quanto infine concerne i liberali, si può dire almeno che il loro andamento altalenante, nel corso delle varie elezioni, fu dovuto non a una perdita di contatto col vecchio elettorato (composto da imprenditori e gruppi professionali), quanto piuttosto alle scissioni interne che conobbero in vari momenti e all'incapacità di «reclutare elettori in misura proporzionale allo sviluppo demografico, come pure di mobilitare nuovi gruppi di cittadini» [176]. In breve, fu il comportamento dei partiti, quali tutori e integratori di specifici interessi, a far sì che, nel periodo 1871-1928, il quadro politico tedesco non conoscesse mai variazioni di considerevole portata. Essi furono un po' i «comitati politici d'azione» [177] di una compagine sociale altamente frazionata, ma anche organizzata e assai complessa, il cui volto sarebbe mutato drasticamente solo verso la fine degli anni '20. Al suo interno, inoltre, avrebbe preso corpo una pluralità di centri di potere che, sotto il regime democratico-parlamentare, i partiti non sarebbero più stati in grado di controllare se non in minima parte.

La stabilità del quadro politico, del resto, più che una condizione del buon funzionamento del sistema in senso democratico, appariva semmai espressione del suo tendenziale irrigidimento. Benché nel 1912 Emil Lederer ritenesse possibile una razionalizzazione della vita politica, conseguente al crescente influsso dei gruppi economici all'interno dei partiti [178], la situazione presentò sempre un aspetto ben diverso. Al pluralismo economico e sociale non fece mai da corrispettivo un pluralismo politico, in grado di valorizzare le forze via via emergenti, con l'adozione di nuovi stili e la ricerca di nuovi obiettivi a cui

[176] *Ibidem*, p. 64.

[177] *Ibidem*, p. 67.

[178] Cfr. E. LEDERER, *Klasseninteressen, Interessenverbände und Parlamentarismus* (1912), in *Kapitalismus, Klassenstruktur und Probleme der Demokratie in Deutschland 1910-1940*, Göttingen 1979, pp. 33-50.

puntare. D'altra parte, come mere rappresentanze d'interessi, i gruppi parlamentari non avrebbero mai potuto accordarsi su questioni di rilevanza politica, che non rientrassero espressamente nei loro piccoli e meschini calcoli di potere. La loro solidità, non sembri un paradosso, sarebbe stata, in epoca weimariana, il peggiore ostacolo per la democrazia, non essendo, in definitiva, che un'espressione indiretta del loro scarso attaccamento alla cosa pubblica. Non a caso, già nel 1911, Otto Hintze aveva manifestato il timore per cui, *rebus sic stantibus*, un passaggio troppo rapido alla democrazia parlamentare potesse mettere fuori uso i «freni della macchina dello Stato» [179]. E neppure è un caso se, per altri versi, nel 1931, un pensatore nazista come Carl Schmitt, cogliesse nella pluralità dei gruppi d'interessi e dei centri di potere solo l'aspetto degenerativo e di crisi del modello liberal-democratico, traendone conclusioni estreme circa la necessaria ricomposizione dello Stato in senso totalitario [180]. In realtà, per i nuovi impegni cui il *Reichstag* era chiamato a far fronte sotto la repubblica, sarebbero occorsi dei nuovi partiti: nuovi «soprattutto per quanto riguarda le p e r s o n e» [181]. Ma già le elezioni per l'Assemblea Nazionale, svoltesi il 19 gennaio 1919, condussero alla formazione di un parlamento che, per oltre un terzo, era composto da deputati del vecchio *Reichstag*. E proprio a questo parlamento sarebbe stato affidato l'incarico di discutere e votare la nuova costituzione dell'Impero.

3. *La costituzione di Weimar: un compromesso vecchio su nuove basi*

Un attento studioso della realtà tedesca come Edmond Vermeil, in apertura ad una delle sue opere più note, formulava, nel 1923, il seguente commento:

[179] Cfr. O. Hintze, *Il principio monarchico e il regime costituzionale*, cit., p. 41.

[180] Cfr. C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano 1981, soprattutto le pp. 113-199. Cfr. la nota 100.

[181] M. Weber, *La futura forma costituzionale della Germania*, cit., p. 239.

«Qu'est-ce, en effet, que la Constitution de Weimar, sinon un compromis entre unitarisme et fédéralisme, Gouvernement personnel et régime parlementaire, bourgeoisie patronale et socialisme prolétaire, État et Églises confessionnelles, exigences de la vie collective et individualisme? Les forces centrifugues qui, en plein bouleversement révolutionnaire, risquent de l'emporter, il faut les maîtriser» [182].

Ma già al momento non era difficile accorgersi di quanti problemi ponesse questa *maîtrise*! Lo stesso Hugo Preuss, in uno dei suoi ultimi scritti del 1924, avrebbe dovuto ammettere amaramente:

«Le odierne crisi [del governo, della presidenza e della costituzione] sono venute dall'azione congiunta di tutte le forze contrarie ai principi della costituzione di Weimar: dall'opposizione particolaristica contro l'unità nazionale dell'Impero, da quella reazionaria contro la repubblica democratica, da quella di classe contro la solidarietà fra i cittadini. Attualmente non c'è nessuna formula d'accordo che possa riconciliare queste opposizioni con l'Impero e dar vita ad una nuova coalizione. Esistenza o non esistenza del nuovo Stato: questo è oggi il problema» [183].

Nell'imminenza delle elezioni politiche, egli non poteva non rivolgere un accorato appello alle forze parlamentari che fino ad allora avevano agito nel rispetto di tali principî: poiché solo la loro unione avrebbe potuto «rendere di nuovo attiva, politicamente, la comunità nazionale tedesca, sia all'interno che verso l'esterno» [184]. Ma ormai, in queste parole c'era più disperazione che fiducia. A pochi anni dall'entrata in vigore, la costituzione di Weimar aveva già evidenziato interamente i propri limiti e la propria intrinseca patologia, in un parlamento che riproduceva e ampliava i contrasti sociali, in un sistema dei partiti che sapeva esprimere solo stabili opposizioni, ma non stabili maggioranze, e in un istituto presidenziale la cui importanza politica tendeva a crescere, causa il frequente ricorso ai poteri speciali previsti dall'art. 48 [185].

[182] Cfr. E. VERMEIL, *La Constitution de Weimar et le principe de la démocratie allemande. Essai d'histoire et de psychologie politiques*, Strasbourg 1923, pp. 1-2.

[183] Cfr. H. PREUSS, *Um die Reichsverfassung von Weimar*, Berlin 1924, p. 67.

[184] *Ibidem*, p. 22.

[185] Su questo punto, oltre al già citato F. PÖTZSCH, *Vom Staatsleben unter der*

Lo scopo di quest'ultimo capitolo consisterà soprattutto nella ripresa dei temi fin qui trattati e in un supplemento d'indagine, che ne mostri la rilevanza anche all'interno del nuovo quadro istituzionale. In tal senso, non sarà male discutere previamente – seppur in breve spazio – sul problema fondamentale della continuità fra l'ordinamento bismarckiano-guglielmino e quello weimariano. Già in seno all'Assemblea Costituente, i deputati della SPD e del partito democratico (DDP) ribadirono più volte [186] la loro intenzione di adeguare i rapporti istituzionali alla nuova realtà del paese, senza per questo attuare una rottura violenta, né trasformare lo Stato e il popolo tedesco in qualcosa di totalmente diverso dal passato. Un simile atteggiamento, se da un lato si spiegava con la necessità di rintuzzare, dialetticamente, le critiche e le opposte rivendicazio-

Weimarer Verfassung, passim, si segnalano U. SCHEUNER, *Die Anwendung des Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung unter den Präsidentschaften von Ebert und Hindenburg*, in *Staat, Wirtschaft und Politik in der Weimarer Republik. Festschrift für Heinrich Brüning*, hrsg. von F. A. HERMENS-TH. SCHIEDER, Berlin 1967, pp. 249-286, e soprattutto H. BOLDT, *Der Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung*, in *Die Weimarer Republik. Belagerte Civitas*, cit., pp. 288-309. Per una trattazione più generale, ma anche assai meno rigorosa, cfr. E. R. HUBER, *Zur Lehre vom Verfassungsnotstand in der Staatstheorie der Weimarer Zeit*, in *Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H. SCHNEIDER-V. GÖTZ, Berlin 1974, pp. 31-52. Infine, si segnalano, per la loro importanza teorica, i contributi di Carl Schmitt e di Erwin Jacobi, in *Die Diktatur des Reichspräsidenten* (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 1) cit., pp. 63-136.

[186] A questo riguardo basti il rinvio al discorso che Hugo Preuss tenne, il 24 febbraio 1919, dinnanzi al *plenum* dell'Assemblea Nazionale, a fondamento del progetto di costituzione (il terzo, in ordine di tempo) nato dalle consultazioni fra il governo e l'assemblea degli Stati. In esso, Preuss affermava, fra le altre cose, che la formula «repubblica tedesca» sarebbe certo stata più consona ad esprimere il contenuto democratico della nuova costituzione, di quanto non potesse fare l'altra formula «Reich tedesco». Ma a suo dire: «la parola, l'idea, il principio del Reich, hanno per il nostro popolo un valore affettivo così profondamente radicato, che non possiamo prenderci la responsabilità di eliminarne il nome. Ad esso sono legate tradizioni secolari e l'anelito del popolo tedesco frantumato, che cerca di pervenire all'unificazione nazionale. Senza motivo né scopo, noi offenderemmo dei sentimenti diffusi in ampie cerchie di popolazione, se prendessimo le distanze da questo termine, rappresentativo di un'unità raggiunta a fatica e realizzata a prezzo di tante sofferenze e delusioni» (cfr. H. PREUSS, *Staat, Recht und Freiheit*, cit., p. 398, e anche *VVDN*, CCCXXVI, p. 285).

ni delle destre [187] e dei socialisti indipendenti [188], dall'altro era però espressione di intenti ben precisi: in particolare, di una volontà di normalizzazione, che si sarebbe attuata mediante un compromesso fra la borghesia progressista e le organizzazioni operaie, fra l'ordinamento liberal-democratico – sancito formalmente nell'ottobre-novembre 1918 [189] – e gli istituti partecipativi dello Stato sociale, anch'essi retaggio del vecchio Impero. Più tardi, dopo il 1920, molti giuristi avrebbero fatto propria la tesi della «continuità del popolo tedesco» [190], con ciò intendendo la persistenza di un fondamento comune agli ordinamenti del 1871 e del 1919 e dunque anche la continuità dell'Im-

[187] Si vedano ad esempio gli interventi dei deputati Kahl (DVP) e Delbrück (DNVP) durante la seduta del 2 luglio 1919, in *VVDN*, CCCXXVII, rispettivamente pp. 1204-1208 e 1215-1218.

[188] Sempre durante la seduta del 2 luglio, il deputato Cohn (USPD), rivolgendosi polemicamente a Preuss, affermò: «Se si considera . . . il significato degli eventi politici verificatisi in Germania dalla fine dell'ottobre 1918, si dovrà dire che ciò che deve essere creato in questa sede è qualcosa di totalmente nuovo. Le vecchie forze erano ormai esaurite, il vecchio ordinamento finito e noi, che qui parliamo, per dire le cose come stanno, abbiamo ora l'obbligo di sciogliere ogni legame con la vecchia costituzione». E poco più avanti, chiedendo l'eliminazione del termine «Reich», egli aggiungeva che in caso contrario, nel mondo «potrebbe formarsi l'opinione secondo cui il popolo tedesco, dandosi nuovamente una costituzione "imperiale" dopo la rivoluzione e la disfatta militare, intenda con ciò riprendere consapevolmente quelle idee e ambizioni imperialistiche che ci spinsero in guerra . . .» (cfr. *VVDN*, CCCXVII, p. 1209).

[189] La tesi della continuità fra vecchio e nuovo Impero sulla base della legge di revisione costituzionale del 28 ottobre 1918, è stata sostenuta principalmente da Leo Wittmayer, del quale si vedano principalmente: *Herrschaftliche und genossenschaftliche Elemente im deutschen und österreichischen Ministerialsystem*, in «Schmollers Jahrbuch», XLII, 1918, pp. 831-882; *Kritische Vorbetrachtungen zur neuen Reichsverfassung*, in «AöR», XXXIX, 1920, pp. 385-436; *Die Weimarer Reichsverfassung*, cit., pp. 1-19 e 103-110.

[190] È il caso, ad esempio, di Gerhard Anschütz (cfr. *Studien zur Weimarer Reichsverfassung [Aus einem Kommentar]*, in «Zeitschrift für öffentliches Recht», V, 1926, pp. 145-183), di Julius Hatschek (cfr. *Deutsches und preussisches Staatsrecht*, Leipzig 1922, I, pp. 26 e 287), di Richard Thoma (cfr. ANSCHÜTZ-THOMA, I, pp. 69-80) e di Ottmar Bühler (cfr. *Die Reichsverfassung vom 11. August 1919. Mit Einleitung, Erläuterungen und Gesamtbeurteilung nebst einem Anhang enthaltend den Wortlaut der Geschäftsordnungen für den Reichstag und für die Reichsregierung*, Leipzig-Berlin 1927, p. 29). Di diverso avviso erano invece Felix Stier-Somlo (cfr. *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, cit., pp. 1-69), Hans Nawiasky (cfr. *Die Grundgedanken der Reichsverfassung*, München-Leipzig 1920), Johann Victor Bredt (cfr. *Der Geist der deutschen Reichsverfassung*, Berlin 1924) e altri ancora.

pero, seppure in presenza di un mutamento costituzionale. Così facendo, essi avrebbero fornito una legittimazione tecnica e teorica allo sviluppo in corso e sconfessato, in tutto o in larga parte, le parole d'ordine «rivoluzionarie» da molti di loro adottate durante l'inverno 1918-19 [191].

Qualunque giudizio si voglia esprimere al riguardo, rimane il fatto che la costituzione di Weimar nacque propriamente da qui: da un accordo fra nuovi contraenti, destinato ad assicurare, nella forma di un sistema democratico «difensivo» [192], il raggiungimento di obiettivi immediati, quali la lotta contro il «bolscevismo» [193] e una «pace sociale», che consentisse alla Germania un pronto recupero dalle batoste della guerra. Più ancora che in una trasformazione effettiva del paese, la méta politica del momento consisteva in una rapida chiusura del capitolo bellico – con i suoi strascichi di scoramento e rancore –, onde permettere alla Germania di riparare i danni e riacquistare al più presto il proprio ruolo di potenza europea. Per questo, accanto alle nuove alleanze e alle nuove formule costituzionali, non potevano non riaffiorare vari elementi di

[191] Quest'ultima affermazione, naturalmente, non vale per Carl Schmitt, il quale, nella sua *Dottrina della costituzione* (Milano 1984, a cura di A. Caracciolo; tit. or. *Verfassunglehre*, Berlin 1928) afferma a sua volta la continuità dell'Impero, in quanto legata al mantenimento dell'unità politica del popolo tedesco, come fondamento comune alle costituzioni del 1871 e del 1919 (cfr. pp. 130-139 dell'ediz. italiana). In ciò, tuttavia, egli non può non riconoscere come l'ordinamento bismarckiano prefigurasse solo la «forma» di questa unità (p. 137), avendo per contenuto un accordo federativo fra i sovrani e i relativi Stati tedeschi. Né può cambiare molto il fatto che la costituzione bismarckiana sia stata approvata da un *Reichstag* elettivo, il quale, nell'esercizio della propria «collaborazione alla stesura delle leggi», doveva certo essere interpellato, ma in nessun modo poteva figurare come potere costituente. In poche parole, e senza voler entrare ulteriormente nel merito di questo problema, penso sia sempre indispensabile tener conto che il «popolo tedesco» che approvò la costituzione del 1871 era tutt'altra cosa rispetto a quello che «si dette» la costituzione del 1919 e che, nei due contesti, la sua «unità politica» non può non assumere un significato storicamente diverso.

[192] Su questo punto, si veda in generale F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar*, cit., pp. 195-233.

[193] Il motto «democrazia o bolscevismo», del resto, era già posto a conclusione dell'importante H. PREUSS, *Volksstaat oder verkehrter Obrigkeitsstaat?* (1918), in *Staat, Recht und Freiheit*, cit., pp. 365-368, che aveva già destato un ampio interesse nei dibattiti politico-costituzionali dell'inverno 1918-1919.

«continuità»: dall'impiego dell'esercito per il mantenimento *della pace interna alla necessità di porre su base plebi*scitaria l'istituto presidenziale, come *analogon* della monarchia, destinato ad esser arbitro del pluralismo e ad incarnare l'unità del paese; dalla perpetuazione dei vecchi quadri amministrativi all'assenza di un programma politico-costituzionale che andasse oltre la mera dichiarazione d'intenti [194]; dal carattere «transitorio» della stessa costituzione – ideata soprattutto per fissare una provvisoria situazione di fatto – alla sua natura compromissoria, la quale, in analogia con l'ordinamento bismarckiano, avrebbe procrastinato la lotta fra i contraenti dietro un appello reiterato alla solidarietà nazionale.

Per molti aspetti, si può essere d'accordo con Michael Stürmer nel ritenere che l'ordinamento weimariano abbia finito per riproporre il dualismo in atto nell'evoluzione del vecchio Impero, «da un lato verso un parlamentarismo liberal-democratico e dall'altro verso una monarchia plebiscitaria, come soluzione di ripiego» [195]: ciò, anche se appare un po' troppo sbrigativa la conclusione che egli ne trae, vedendo in questo «compromesso di formula» la realizzazione di un «sistema parlamentare per quando c'era il sole e [di] una semidittatura cesaristica, come istituto assicurativo contro il maltempo» [196]. Per altri aspetti, occorre invece porre nel dovuto risalto il fatto che i problemi costituzionali, postisi nel 1919, fossero certamente simili, in buona parte, a quelli già emersi nel 1867 e nel 1871, ma all'interno di una cornice sociale, economica e politico-internazionale profondamente mutata, e in assenza di un polo d'aggregazione quale era stata fino ad allora la monarchia. Da questa prospettiva, più ancora che insi-

[194] Su questo punto si veda soprattutto la critica in O. KIRCHHEIMER, *Analisi di una Costituzione. Weimar – E poi?*, in *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, a cura di A. BOLAFFI, Bari 1982, pp. 45-83, in part. pp. 62-70.

[195] Cfr. M. STURMER, *Der unvollendete Parteienstaat. Zur Vorgeschichte des Präsidialregimes am Ende der Weimarer Republik*, in *Die Weimarer Republik. Belagerte Civitas*, cit., pp. 310-317 (citaz. p. 310).

[196] *Ibidem*, pp. 310-311.

stere sul dilemma continuità-discontinuità, penso sia il caso di soffermarsi su di un'altra ipotesi: quella di un mutamento coatto, che i costituenti di Weimar tentarono di pilotare, consapevoli, da un lato, dell'impossibilità di un ritorno alla situazione prebellica, e dall'altro, della necessità di evitare pericolose fughe in avanti (per esempio, verso un regime consigliare di tipo sovietico). Sono queste, a mio avviso, le coordinate entro le quali va inserito e studiato quel passaggio alla democrazia parlamentare, che essi tentarono di attuare con vari mezzi, escogitando soluzioni politiche che, alla lunga, si sarebbero dimostrate inefficaci. Certo, si potrà sempre dire che, nel far fronte a questo arduo impegno, essi abbiano messo capo ad un «sistema di decisioni rinviate», inteso a favorire le «più contrapposte prospettive sociali e culturali» [197] e a privilegiare i meccanismi di controllo a scapito delle concrete possibilità di governo. Li si potrà accusare di non aver saputo ideare rimedi validi o di non esser stati abbastanza forti da imporli, di aver sancito formalmente un insieme di differenze e di fattori di lacerazione, destinati ad alimentare i contrasti interni e non certo a realizzare un'effettiva solidarietà. Ma è pure indubbio che, nella Germania di allora, dati gli scarsi elementi di solidità e certezza su cui contare, ogni ipotesi costruttiva appariva più una scommessa sul futuro che non un fondamento sicuro per l'azione, non potendo offrire, in partenza, che soluzioni approssimative, compromissorie e per lo più affidate all'alea degli eventi.

Il 2 luglio 1919, durante la XLIV seduta dell'Assemblea Nazionale, mentre era in discussione l'art. 1 («L'Impero tedesco è una repubblica. Tutto il potere statale emana dal popolo») del progetto elaborato dalla commissione costituente nella primavera di quell'anno, Clemens von Delbrück, deputato della DNVP, intervenne dicendo:

«Siamo ancora oggi dell'avviso . . . che, se proprio dovrà subentrare un mutamento nella forma Stato, la monarchia democratica,

[197] Cfr. O. Kirchheimer, *Analisi di una Costituzione*, cit., p. 65.

per come si è sviluppata – o si pensava dovesse svilupparsi – da noi nello scorso ottobre, potrebbe essere, nella realtà tedesca, un'istituzione assai più utile ed efficace di quanto non sia questa repubblica radicale, sotto il cui dominio – e non voglio dire di più – attualmente ci troviamo»[198].

Al che, il deputato democratico Koch, dopo aver fatto notare come nei quarant'anni precedenti si fossero perse molte occasioni per democratizzare la monarchia, chiese polemicamente a Delbrück come mai anch'egli avesse atteso l'ottobre 1918 per proporre, in qualità di consigliere della corona, una revisione costituzionale ormai destinata a rimanere sulla carta, e aggiungeva:

«Per ciò che riguarda me e tutti i membri del mio partito, ho già spiegato in altre occasioni che mai siamo stati assertori radicali della repubblica... Se la monarchia fosse stata guidata correttamente, se avesse fatto le necessarie concessioni a tempo debito, se il conflitto elettorale non fosse esploso in tempo di guerra, tanto da dilaniare il nostro popolo..., sono assolutamente convinto che la monarchia si sarebbe mantenuta e che avrebbe trovato posto nella nostra costituzione, senza pregiudicarne, in misura rilevante, i fondamenti democratici»[199].

L'episodio merita una citazione di riguardo, se non altro perché indicativo di uno stato d'animo assai diffuso in quel momento. Per quanto possa apparire esagerato il giudizio di Vermeil, secondo il quale i democratici come Preuss e Koch «ne songent guère, au fond, qu'à moderniser le régime déchu»[200], non si può dargli torto, però, sul fatto che: «Seuls les socialistes indépendants se félicitent avec quelque sincérité de la chute de l'ancien régime»[201]. All'indomani della sconfitta, i partiti politici si trovarono a dover colmare il vuoto di potere apertosi con la caduta della monarchia e dunque ad assumersi responsabilità nuove, delle quali avrebbero fatto volentieri a meno. Ciò valeva in special modo per i tre partiti – SPD, DDP e

[198] Cfr. *VVDN*, CCCXXVII, p. 1216.

[199] Cfr. *VVDN*, CCCXXVII, p. 1220.

[200] Cfr. R. VERMEIL, *La Constitution de Weimar*, cit., p. 61.

[201] *Ibidem*, p. 62.

Zentrumspartei –, la cui coalizione, nella primavera 1917, aveva impresso alla vicenda tedesca una svolta determinante. Cessata l'emergenza bellica, si poneva ora il problema di creare le condizioni di base affinché il popolo tedesco, come «nuovo sovrano», potesse essere un'unità politica nella sostanza e non più solo nella forma, capace di organizzarsi autonomamente e di riconoscersi in un ordinamento democratico. Le nostalgie di democratici e centristi [202] per una monarchia parlamentare abortita, come pure gli indugi della SPD e il suo insistere sulla «pacificazione» ad ogni costo – anziché su di un energico intervento razionalizzatore –, stavano però a testimoniare la perplessità e l'imbarazzo con cui queste forze politiche si accingevano al loro nuovo compito.

Il loro accordo, del resto, non era certo perfetto, specie su questioni decisive quali la formula elettorale per il presidente della repubblica (se diretta o indiretta) e il rapporto fra Impero e *Länder*. Nell'agosto 1919, in un breve commento al testo costituzionale appena promulgato [203], il socialdemocratico Max Quarck, già co-presidente e membro della commissione costituente dell'Assemblea Nazionale, ammetteva che solo nella seduta del 4 luglio il suo partito si era deciso ad accogliere la proposta dei democratici, relativa all'elezione diretta del presidente. Fino ad allora, seppur con atteggiamento meno reciso, l'SPD aveva condiviso con i socialisti indipendenti [204] il timore per cui, forte dell'appoggio popolare, un presidente elettivo avrebbe potuto dar vita ad un regime personale e costituire in tal modo una minaccia per la democrazia. Le preferenze del partito di maggioranza relativa andavano piutto-

[202] A dire il vero, i rimpianti della *Zentrumspartei* erano anche in parte indirizzati al vecchio Impero, se non altro per le perplessità e i problemi che una svolta in senso democratico avrebbe fatto nascere in merito ai tradizionali obiettivi di questo partito: la difesa delle libertà religiose e dell'istruzione confessionale. Si veda in proposito il discorso del deputato Spahn, in data 28 febbraio 1919, in *VVDN*, CCCXXVI, pp. 376-388.

[203] Cfr. M. QUARCK, *Der Geist der neuen Reichsverfassung. Zur Einführung für Jedermann*, Berlin 1919, p. 12.

[204] Si vedano soprattutto gli interventi dei deputati Haase (14 luglio) e Cohn (5 luglio), in *VVDN*, CCCXXVII, pp. 1308-1309 e 1328-1331.

sto ad un istituto presidenziale politicamente neutro, che lasciasse al parlamento e al cancelliere il compito di sbrigare per intero le questioni politiche, tanto all'interno, quanto all'esterno. Viceversa, nei programmi dell'USPD era contemplata l'ipotesi di un governo direttoriale, simile in buona parte a quello elvetico, il quale, istituito dal parlamento, si facesse carico dell'amministrazione centrale, lasciando quella locale ad una fitta rete di consigli.

La posizione dei democratici si trovava già espressa, a grandi linee, nella *Denkschrift* di Hugo Preuss, più volte menzionata nelle pagine precedenti. Dopo aver ribadito la volontà di assicurare lo sviluppo e il rafforzamento della democrazia parlamentare, l'autore proseguiva dicendo:

«Ciò, tuttavia, non implica che il presidente debba essere eletto dal parlamento, come accade in Francia. Al contrario: questo sistema francese può essere designato, opportunamente, come parlamentarismo impuro. Il parlamentarismo puro presuppone invece la presenza di due organi supremi dello Stato, aventi pari dignità; e d'altra parte si differenzia dal dualismo, poiché fra questi ultimi non c'è contrapposizione assoluta, ma esiste un governo parlamentare, che funge da elemento mobile di connessione. Nella monarchia parlamentare, la corona si colloca accanto al parlamento. Nella democrazia parlamentare, ove il potere politico emana interamente dalla volontà del popolo, il presidente acquista pari dignità rispetto alla rappresentanza nazionale direttamente eletta solo se anch'egli è eletto direttamente dal popolo e non dalla rappresentanza medesima»[205].

Analoghi argomenti ricorrevano anche nella *Begründung* del 24 febbraio, ove Preuss affermava espressamente:

«Io credo, che il sistema parlamentare ... richieda e presupponga questo equilibrio di poteri. Il parlamentarismo francese è stato definito giustamente, in termini di diritto costituzionale, un parlamentarismo impuro, poiché di fatto si tratta di una monocrazia del parlamento, col presidente a fungere solo da fiduciario di quest'ultimo. Credo inoltre che per scongiurare il pericolo di un patronato sull'amministrazione, da parte dell'uno o dell'altro potere, sia auspicabile e necessario un certo equilibrio fra i due, ossia una pari dignità»[206].

[205] Cfr. H. Preuss, *Denkschrift zum Entwurf*, cit., p. 387.

[206] Cfr. H. Preuss, *Begründung des Entwurfs einer Verfassung für das deutsche Reich*, cit., p. 417 (= *VVDN*, CCCXXVI, p. 291).

Affermazioni siffatte erano indicative di una volontà ben precisa, che consisteva nell'istituire un «parlamentarismo alla tedesca» [207], distinto non solo dal modello francese della terza repubblica, ma anche, per altri aspetti, da quello «presidenzialistico» americano e da quello «direttoriale» della Confederazione Elvetica. Alcuni critici [208] hanno posto giustamente in risalto il debito teorico di Preuss nei riguardi di Robert Redslob [209], cui vien fatta risalire la distinzione fra parlamentarismo puro e impuro. Ma mentre per Redslob il parlamentarismo puro presupponeva un equilibrio perfetto fra parlamento e governo, per Preuss tale equilibrio avrebbe dovuto sussistere fra parlamento e presidente della repubblica, col governo a fungere da *trait d'union* fra i due. In questo senso, con le parole di Friedrich Glum, egli rivelava una preferenza più o meno esplicita per «la monarchia parlamentare secolarizzata, sul modello inglese della prima metà del XIX secolo» [210], con due poteri supremi contrapposti – seppur emananti da una stessa volontà – e con un gabinetto ministeriale ad annodare fra loro i fili della attività politica. Né si può sottacere l'osservazione di Vermeil [211], secondo cui questo schema, oltre ad aver l'appoggio dei centristi e della DVP, era gradito anche all'estrema destra, come testimoniato, in special modo, dalla relazione di Delbrück alla Costituente, durante la seduta del 4 luglio [212].

[207] Sulla singolarità del modello parlamentaristico weimariano si veda soprattutto R. THOMA, *Sinn und Gestaltung des deutschen Parlamentarismus*, in *Recht und Staat im Neuen Deutschland*, cit., I, pp. 98-126.

[208] È il caso, ad esempio, di Friedrich Glum (cfr. *Das parlamentarische Regierungssystem*, cit., p. 165) e di Fulco Lanchester (cfr. *Alle origini di Weimar*, cit., *passim*).

[209] Cfr. R. REDSLOB, *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form*, Tübingen 1918.

[210] Cfr. F. GLUM, *Das parlamentarische Regierungssystem*, cit., p. 166.

[211] Cfr. R. VERMEIL, *La Constitution de Weimar*, cit., p. 136.

[212] *VVDN*, CCCXXVII, pp. 1301-1304. Di questa relazione va ricordato soprattutto il seguente passo: «È dunque chiaro che le prerogative di potere del presidente sono relativamente scarse. La sua influenza sulla determinazione della politica e sulla conduzione degli affari del governo e dell'Impero dipenderà essenzialmente non dalle competenze che la costituzione gli riserva – che sono

In effetti, questo governo-spola, impegnato nella continua opera di mediazione fra poteri superiori (presidente, *Reichstag* e *Reichsrat*[213]), ricalcava in più punti quello previsto dalla costituzione bismarckiana. Certo, esso poteva disporre di più ampie garanzie, poiché istituito dal presidente (tramite la nomina del cancelliere e, su sua proposta, dei ministri) e sorretto dalla fiducia del parlamento. Era inoltre strutturalmente più solido, poiché non affidato al solo cancelliere, ma ideato nel senso di realizzare una soluzione intermedia fra governo monocratico (*Kanzlerprinzip*) e governo collegiale[214]. Tuttavia, se la costituzione assegnava al cancelliere il compito di determinare le direttive politiche (in qualità di presidente del governo: art. 56), riservava però al presidente il potere di approvare il regolamento dei lavori del gabinetto ministeriale (art. 55), col risultato di predisporre una seconda forma di

minime –, ma dall'influsso individuale che una personalità di spicco è in grado di esercitare, a dispetto di ogni definizione di competenza, sia sui ministri che essa nomina e istituisce, sia sull'andamento degli affari di governo» (p. 1302). Sulla scia di questo intervento, il deputato Philipp, collega di partito di Delbrück, prendeva subito dopo la parola, per sottolineare come la presidenza dell'Impero dovesse essere appannaggio di una personalità eccezionale e il più possibile indipendente da partiti o fazioni politiche. Inoltre, egli proponeva che, diversamente dal progetto in discussione – ove, per l'eleggibilità era richiesta un'età di trentacinque anni e una cittadinanza tedesca di almeno dieci –, i candidati alla presidenza dovessero essere tedeschi per nascita, poiché altrimenti sarebbe stato possibile ad ogni persona «che si faccia naturalizzare – magari uno straniero o un appartenente a razze diverse – il raggiungimento della più alta carica che il popolo tedesco debba assegnare» (pp. 1304-1306).

[213] In effetti, l'art. 65 assegnava a un membro del governo la presidenza del *Reichsrat*, specificando inoltre che: «I membri del governo del Reich hanno il diritto, e su richiesta del *Reichsrat* il dovere, di prender parte alle sedute di questo e delle sue commissioni. Su loro richiesta, essi devono essere sempre ascoltati durante le deliberazioni». L'art. 67 prevedeva poi che: «I ministri del Reich devono tenere al corrente il *Reichsrat* della condotta degli affari di Stato», con l'obbligo di ascoltare le commissioni competenti per le delibere sulle questioni di maggiore importanza. Infine, l'art. 69 affermava che: «La presentazione di proposte di legge da parte del governo deve essere preceduta dall'approvazione del *Reichsrat*»: in caso di mancato accordo, il governo poteva ugualmente inoltrare la sua proposta al *Reichstag*, ma facendo presente il parere contrario del *Reichsrat*. Se viceversa una proposta di quest'ultimo non fosse stata accolta dal governo, esso doveva ugualmente presentarla al *Reichstag*, specificando il proprio punto di vista contrario.

[214] Su questo punto si veda la brillante analisi di E. KAUFMANN, *Die Reichsregierung*, in *Handbuch der Politik*, cit., III, pp. 44-52. Sulla «collegialità ristretta» del nuovo esecutivo, cfr. anche R. VERMEIL, *La Constitution de Weimar*, cit., p. 134.

controllo, oltre a quella politica del parlamento, sull'attività dell'esecutivo. In altri termini, sostenuto dai due poteri supremi, il governo si trovava però a dipendere strettamente da loro, sia al momento dell'entrata in carica, sia più avanti, nell'esercizio delle proprie funzioni. Vero è che la carta costituzionale prevedeva anche dei contrappesi, quali la controfirma ministeriale su tutti gli atti del capo dello Stato (art. 50) o il potere di nomina e revoca di singoli ministri, riservato al presidente, ma esercitabile solo su proposta del cancelliere (art. 53). Quest'ultimo poteva inoltre chiedere al presidente lo scioglimento del *Reichstag* (art. 25), nel caso in cui il governo entrante non ne avesse ricevuta la fiducia. Ma resta il fatto che, data la loro posizione subalterna rispetto ai due poteri supremi, il cancelliere e i ministri difficilmente avrebbero fruito di un'autonomia sufficiente alla conduzione di una politica efficace. A ciò, in ultima analisi, sarebbe sempre occorso l'appoggio di una solida maggioranza parlamentare, o quantomeno la presenza di un quadro politico tanto elastico da assorbire e metabolizzare le eventuali crisi di governo, evitando la paralisi istituzionale o, ancor peggio, la proclamazione dello stato d'emergenza interna. Viceversa, negli anni seguenti, l'assenza di queste condizioni di base avrebbe evidenziato anche la debolezza e i limiti della compagine governativa, così come era stata ideata dai padri della costituzione.

La concezione preussiana del «parlamentarismo puro», tradotta nella pratica, finì dunque per riproporre una delle lacune più gravi del vecchio ordinamento imperiale, e cioè l'assenza di un governo forte, capace di determinare le linee della politica senza dover dipendere, in tutto o in larga parte, da altri poteri costituzionali. D'altronde, è sufficiente scorrere gli scritti politici di Hugo Preuss per accorgersi di come questo problema gli fosse alieno e di come l'accento cadesse altresì, a più riprese, sui temi della solidarietà e della pacificazione interna. Lo stesso, per inciso, si può dire anche a proposito dei dibattiti dell'Assemblea Costituente, ove la posizione del cancelliere e dei ministri non suscitò mai particolari controversie e fu trat-

tata per lo più in margine ad altre questioni, inerenti la forma di governo. Questo aspetto, a mio avviso, è di estrema importanza per un giudizio globale che concerna non solo la costituzione in sé, ma anche e soprattutto gli intenti e le preoccupazioni dalle quali venne prendendo forma. Eccezion fatta per l'USPD, si può dire che, in generale, l'interesse di tutti i gruppi parlamentari, oltre che su questioni singole e diverse da partito a partito, vertesse più sul mantenimento della «pace sociale» che non sul modo e i mezzi con cui determinare la politica concreta. Il conflitto interno, più ancora che gestito attivamente, andava spoliticizzato con provvedimenti giuridici e con meccanismi costituzionali adeguati, onde neutralizzarlo alla base o sottrarne la decisione al libero gioco delle forze in campo, e in tal modo impedirgli di oltrepassare i limiti di guardia. Da questo «memento vivere» [215] doveva così prender corpo non tanto uno «Stato neutrale» [216], ma soprattutto uno «Stato neutralizzatore», il quale, benché sprovvisto di un programma politico-costituzionale, avrebbe però disposto di laute garanzie e di valvole di sicurezza, consistenti, principalmente, in una lunga serie di diritti fondamentali e nei poteri speciali del presidente dell'Impero, a loro volta esercitabili solo con l'approvazione del parlamento. Gli anni seguenti, com'è noto, avrebbero dimostrato l'illusorietà di questi rimedi. Ma già nel 1923, Leo Wittmayer poteva osservare che:

> «La fede nella possibilità di una progressiva spoliticizzazione della democrazia parlamentare risale, tramite l'ideologia della rappresentanza corporativa e del pronunciamento popolare, né più né meno che all'idealismo tedesco, il quale, ai giorni nostri, possiede ancora salde radici e non ha mai tratto la propria forza dal politico. Viceversa, nella cruda realtà, le prospettive di una simile spoliticizzazione sono quasi sempre sfavorevoli. Le sue occasioni possono sussistere solo nei momenti in cui le ondate della politica divengono particolarmente alte, in modo tale che "spoliticizzazione" acquisti il significato di creazione artificiale di una quiete non altrimenti ottenibile con gli strumenti della politica» [217].

[215] L'espressione è opportunamente impiegata in L. WITTMAYER, *Reichsverfassung und Politik*, Tübingen 1923, p. 4.

[216] Cfr. C. SCHMITT, *Hugo Preuss*, cit., p. 19.

[217] Cfr. L. WITTMAYER, *Reichsverfassung und Politik*, cit., pp. 29-30.

In poche parole, se per un verso la «spoliticizzazione» doveva lasciare aperto uno spiraglio a soluzioni (magari temporanee) di tipo autoritario, per l'altro si poneva costantemente come ostacolo nei riguardi di una normale conduzione degli affari politici, essendo di per sé un rimedio idoneo solo in situazioni di emergenza. L'importanza che i costituenti di Weimar le riconobbero sta invece a dimostrare come le condizioni d'emergenza nelle quali operarono finissero per riflettersi nel testo costituzionale, al punto di imprimergli uno stimma decisivo. Nata dall'emergenza, la costituzione di Weimar fu dunque e soprattutto una costituzione d'emergenza, destinata ad estendere le garanzie e i controlli, relegando in secondo piano i problemi fondamentali dell'autonomia e della stabilità del governo: gli stessi che, non a caso, una trentina d'anni più tardi, avrebbero ricevuto ben altra considerazione da parte dei costituenti di Bonn. Come tale essa finì per precludere di fatto ogni gestione positiva dei conflitti politici, procrastinandoli e permettendo loro di sgretolare già sul nascere le basi della democrazia. E riservò loro solo un trattamento estremo, una soluzione da ultima spiaggia, che prevedendo la sospensione temporanea e autoritaria di libertà e diritti civili, avrebbe sì potuto istituire una «pace artificiale», ma non sarebbe mai stata idonea, di per sé, a preservare o a rafforzare le strutture di una democrazia debole, di una repubblica incerta e traballante, cui sarebbero occorsi ben altri sostegni per non restare, come di fatto accadde, solo un esperimento incompiuto.

Rappresentazione e unità politica nel dibattito degli anni Venti: Schmitt e Leibholz

di *Giuseppe Duso*

Il passaggio tra Otto e Novecento viene a costituire una soglia epocale da un punto di vista epistemologico complessivo e anche dal punto di vista della dottrina dello Stato. In area europea si assiste a una crisi istituzionale che comporta una forte interrogazione sullo specifico dello Stato, sulla sua essenza e sul suo statuto. Non sembra ora avere più capacità di tenuta, sia al livello della interpretazione della realtà che a quello della proposta teorica e legittimante, il modello dello Stato liberale e dello Stato di diritto, che aveva segnato il dibattito del XIX secolo [1]. L'idea dello Stato come unità politica si scontra con un quadro complesso di spinte, di aggregazioni di interessi e di coaguli di forza, che incidono sulla espressione della volontà statale: si pensi ad esempio ai moderni partiti di massa e alle forze sindacali.

Per intendere queste trasformazioni si possono ricordare alcuni luoghi teorici, tra i quali è particolarmente rilevante quello costituito da Weber, il quale, se da una parte, con evidente rapporto con tutta la tradizione moderna, riflette sui tipi di legittimazione del potere, dall'altra analizza una sfera politica divenuta complessa, in cui gruppi di pressione, organizzazioni dei partiti di massa, rappresentanze di interessi modificano strutturalmente proprio il quadro del potere moderno come monopolio della forza e le forme della sua legittimazione. Ma ci si può riferire anche al primo Kelsen e alla sua critica della personalità

[1] Su ciò, per quanto riguarda la cultura italiana si veda il volume collettaneo *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra otto e novecento*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli 1986.

dello Stato [2]; oppure al concetto di crisi dello Stato quale appare in Santi Romano e al complesso della sua riflessione teorica [3]. E si tenga pure presente la denuncia esplicita di Hermann Heller della crisi dello Stato [4].

In questo quadro non mi sembra che si assista ad una semplice e indolore trasformazione degli assetti istituzionali e teorici: il problema è più profondo e radicale e coinvolge lo stesso statuto della moderna forma politica e dei modi della sua razionalità e giustificazione. Infatti dietro alla scienza dello Stato del XIX secolo sta un lungo processo teorico che parte dalla filosofia del Seicento, la quale, nel suo costituirsi come scienza politica, pone le basi per la formulazione di una teoria del corpo politico, facendo emergere concetti che si mostreranno irrinunciabili per ogni successiva considerazione sullo Stato, quali quello di persona civile, di sovranità, di rappresentanza. Allora non è solo il modello dello Stato liberale ad andare in crisi, ma gli stessi elementi essenziali della forma Stato, di quei presupposti che permettono la formulazione del modello liberale. Inoltre «crisi» non sta qui semplicemente ad indicare un momento di caduta di una forma in sé valida, quanto piuttosto il luogo in cui emergono aporie che sono costitutive e connaturate a quella forma fin dall'inizio [5].

Un quadro storico determinato, ma anche altamente em-

[2] Si veda il contributo di M. Fioravanti contenuto in questo stesso volume.

[3] Cfr. M. S. GIORGINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», II, 1973, pp. 179 ss.; M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», X, 1981, pp. 169 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, contenuto in *I giuristi e la crisi* cit., pp. 309 ss.

[4] Cfr. H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», LV, 1926, pp. 289-316.

[5] Rimando una volta per tutte, per quanto riguarda il modo di intendere alcune fondamentali categorie politiche moderne, alla ricerca collettanea dedicata al pensiero giusnaturalistico contenuta in *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, a cura di G. DUSO, Bologna 1987.

blematico per una riflessione su questi problemi è quello della esperienza weimariana. È significativo che in una situazione complessa, in cui si assiste alla difficoltà di intendere e procrastinare il senso dell'unità politica, emerga al centro dell'attenzione e del dibattito costituzionale il concetto di rappresentanza, che svolge un ruolo fondamentale per dare un senso preciso alla costellazione di concetti che si delineano nel momento di nascita della moderna scienza politica. Per comprendere il respiro europeo di questa situazione epocale è utile ricordare che anche nella cultura italiana della fine del secolo XIX si assiste ad una concentrazione di attenzione sul tema della rappresentanza politica, a cui si cerca di dare uno statuto scientifico mediante la distinzione nei confronti delle istituzioni del diritto privato e della figura del mandato [6]. Quanto più la realtà appare complessa tanto più invece la riflessione riguarda l'unità politica anche nel dibattito tedesco degli anni Venti, proprio perché è nel nesso rappresentanza-unità politica che è visto giocarsi il senso specifico della forma Stato [7].

Al fine di mettere in luce la natura scientifica della rappresentanza politica e la problematica che essa comporta è opportuno compiere un'analisi del modo determinato in

[6] Cfr. G. GOZZI, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi nella riflessione giuridica e politica fra Otto e Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato*, cit., pp. 231 ss.

[7] Si ricordino, oltre ai testi di Schmitt e di Leibholz qui esaminati, E. GERBER, *Der staatstheoretische Begriff der Repräsentation in Deutschland zwischen Wiener Kongress und Märzrevolution*, Neunkirchen 1929 (ma la dissertazione è già del 1926); F. GLUM, *Der deutsche und französische Reichswirtschaftsrat. Ein Beitrag zu dem Problem der Repräsentation der Wirtschaft im Staat*, Berlin-Leipzig 1929; ma anche H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Berlin-Leipzig 1927, e R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig 1928. Sulla tematica e sulle diverse posizioni successivamente H. J. WOLFF, *Organschaft und juristische Person*; II: *Theorie der Vertretung, Stellvertretung, Organschaft und Repräsentation als soziale und juristische Vertretungsformen*, Berlin 1934, pp. 16-91, ora anche in *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung*, hrsg. von H. RAUSCH, Darmstadt 1968, pp. 116-208 (ove sono contenuti diversi saggi importanti sul tema della rappresentanza). Per una visione d'insieme si tenga presente, a prescindere dal taglio critico, V. HARTMANN, *Repräsentation in der politischen Theorie und Staatslehre in Deutschland*, Berlin 1979.

cui questa categoria è pensata da due autori che l'hanno posta al centro della loro attenzione e del loro pensiero politico, cioè Carl Schmitt, soprattutto nella *Dottrina della costituzione*, e Gerhard Leibholz, nel testo dedicato a *L'essenza della rappresentazione*[8]. Nonostante gli esiti diversi nei confronti del presente storico, le prospettive di questi due autori si mostrano assai vicine e interagenti: Schmitt è a conoscenza del progettato lavoro di Leibholz, che, pur pubblicato nel 1929, e addirittura già terminato all'inizio del 1928[9], rivela una costante attenzione per il testo schmittiano, che è pubblicato nello stesso 1928.

In questa analisi emergono alcuni risultati di rilievo sia da un punto di vista teorico che da quello storico concettuale. Innanzitutto la distinzione tra rappresentanza politica (*Repräsentation*) e la rappresentanza in senso privatistico (*Vertretung*) o quale si dà in contesto diverso da quello dell'epoca moderna, dominato dal problema del potere e dell'unità politica. Tale distinzione permette di chiarire il senso specifico della categoria di rappresentanza nel Moderno, mettendo in luce gli aspetti di modificazione radicale del senso (*Strukturwandel* del concetto) che si determina con il modificarsi del contesto storico e concettuale. In secondo luogo si evidenzia la coestensività del concetto di rappresentanza alla moderna forma politica, dal momento che essa fagocita e mostra come suo elemento quell'identità che costituisce per entrambi gli autori l'altro principio della forma politica e la base per il moderno concetto di democrazia. Infine si impone il fatto che, se è vero che la riflessione sulla rappresentazione nasce all'interno di un ambito giuridico e costituzionale, tuttavia l'analisi della sua struttura non è possibile se non mediante

[8] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin 1928; tr. it. *Dottrina della costituzione*, Milano 1984, e G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems*, Berlin-Leipzig 1929, qui cit. dalla III ed., comprendente saggi successivi, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, Berlin 1966 (di cui sta per uscire presso Giuffrè una buona traduzione a cura di S. Forti).

[9] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 208 (tr. it., p. 275) e G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., la Prefazione alla prima edizione, p. 2.

un pensiero che Schmitt intende come radicale, aperto alla teologia e alla metafisica, e lo stesso Leibholz considera proprio di un approccio filosofico, in modo specifico fenomenologico.

1. *Rappresentazione e forma politica*

Quando nella *Verfassungslehre* Schmitt affronta il problema di quell'elemento politico senza di cui non si può dare Stato, egli avanza la proposta di intendere ogni concreta forma politica come derivante da due principi contrapposti, quello di *identità* e quello di *rappresentazione*. Il primo è espresso dall'idea del popolo sempre realmente presente nella sua immediata identità come unità politica e si basa sul fatto che non vi può essere Stato senza popolo – essendo esso proprio lo *status* dell'unità politica di un popolo –, e questo, in quanto entità esistente, deve sempre essere effettivamente presente. In contrapposizione al primo si ha il secondo principio, che si basa sulla convinzione che «l'unità politica in quanto tale non può essere mai presente nella reale identità e perciò deve sempre essere rappresentata personalmente (*persönlich*) da uomini» [10].

In questa distinzione si nota subito come l'elemento rappresentativo non sia riportabile a quello democratico né trovi in esso il suo fondamento, come afferma invece una lunga tradizione di pensiero, ma piuttosto si contrapponga a quell'idea del popolo esprimente la sua volontà che sembra stare alla base del concetto stesso di democrazia. Tuttavia un'analisi attenta delle formulazioni schmittiane riguardanti la natura e la struttura della rappresentanza politica, la dottrina della democrazia e il problema del potere costituente mostra non solo che i due principi si implicano reciprocamente, ma anche che sono elementi indispensabili di una stessa struttura formale. Ciò può apparire giustificato dal fatto stesso che, come *politische Ge-*

[10] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 205 (tr. it., p. 271).

staltungsprinzipien, servono alla comprensione della forma politica, la quale appare impensabile senza ognuno di essi. Ma, rimandando ad un momento successivo l'analisi dell'intreccio di questi due principi, bisogna qui innanzitutto intendere la struttura della rappresentazione e il ruolo che essa ha nel costituirsi della forma politica.

Già in *Cattolicesimo romano e forma politica* Schmitt aveva non solo identificato nella rappresentazione l'elemento portante e essenziale della forma politica, ma aveva anche messo in luce il carattere formante proprio della rappresentazione, la quale si mostra perciò non solo effetto dell'esistenza della forma politica (per cui se questa esiste c'è bisogno di un'istanza che rappresenti l'unità politica in modo stabile e istituzionale), ma anche attività che la produce. Intendere la rappresentanza politica semplicemente come elemento strutturale della forma moderna dello Stato è solo un aspetto, proprio di una riflessione formale e istituzionale; ma ancora più importante appare la comprensione del fatto che è l'attività rappresentatrice stessa a dare una forma determinata a quella volontà generale o volontà unitaria del corpo politico che nello Stato si deve esprimere. Sia in relazione alla luce che viene alla storia del pensiero politico moderno dalla analisi concettuale di Schmitt, che alla presenza dello stesso sviluppo delle moderne categorie nella sua riflessione, non si può qui non tener presente lo stretto nesso esistente tra principio rappresentativo e forma che si ha in Germania alla fine del Settecento con Kant e anche con Fichte, e che guida la critica di questi pensatori alla democrazia nel senso più stretto del termine, per il fatto che la volontà del popolo, priva di ogni elemento rappresentativo, appare indeterminata e indeterminabile, priva di limiti e di forma [11].

Se nel rappresentare consiste l'attività che conferisce forma (*formieren*), si può allora comprendere che non vi può

[11] Cfr. G. Duso, *Logica e aporie della rappresentanza tra Kant e Fichte*, in «Filosofia politica», I, 1987, pp. 31-56. Per la centralità del tema della rappresentazione nel Moderno, si veda, nello stesso numero di «Filosofia politica», C. Galli, *Immagine e rappresentanza politica*, pp. 9-30.

essere Stato senza rappresentanza: «Es gibt keinen Staat ohne Repräsentation, weil es keinen Staat ohne Staatsform gibt und zur Form wesentlich Darstellung der politischen Einheit gehört» [12]. L'unità politica non può essere posta ed esposta se non conferendole forma mediante la rappresentazione, che si mostra così elemento essenziale dello Stato.

Il nesso rappresentazione-unità politica è indagato da Schmitt secondo la direzione di una concettualità radicale, che, pur muovendosi all'interno del pensiero giuridico, ne forza continuamente i confini, e ciò proprio al fine di intendere quanto nello stesso ambito giuridico si viene a produrre. Anche qui egli non si ferma ad una definizione della rappresentanza politica nella sua determinazione istituzionale, ma tende alla comprensione del fenomeno concreto della attività rappresentativa, che intende indicare mediante il termine di *Existenzielles*. Tale attività consiste nel «rendere visibile e temporalmente presente un essere invisibile mediante un essere che è pubblicamente presente (Repräsentieren heisst, ein unsichtbares Sein durch ein öffentlich anwesendes Sein sichtbar machen und vergegenwärtigen)» [13]. Nella rappresentazione si manifesta dunque una dialettica tra visibile e invisibile; in modo più determinato: «la dialettica del concetto consiste nel fatto che l'invisibile (*das Unsichtbare*) è presupposto come assente (*abwesend*) ed è nello stesso tempo (*gleichzeitig*) reso presente (*anwesend*)» [14].

Non si può non ricordare come questa dialettica fosse già emersa, nella sua struttura, nella riflessione giovanile di Schmitt in rapporto alla questione della visibilità della Chiesa. In quel contesto appunto il compito delineato come proprio della Chiesa – in un terreno teologico, ma mediante l'espressione di una struttura teoretica – era

[12] C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 207 (tr. it., p. 273).

[13] *Ibidem*, p. 209 (tr. it., p. 277); mi discosto qui, come pure talvolta in seguito, dalla traduzione italiana.

[14] *Ibidem*.

quello di rendere visibile ciò che per sua natura è invisibile, ma non in modo tale che l'invisibile perda la sua natura in quanto finalmente reso visibile, ma nella direzione del conferimento alla Chiesa concreta di una dimensione strutturale, nel senso che la tensione tra il piano della manifestazione e della ufficialità e quello della irriducibilità dell'invisibile al visibile è costitutivo e dunque non può non permanere [15].

Ma tale struttura teoretica si può, in modo diverso, verificare in un'opera ancora precedente, in *Der Wert des Staates*, a proposito della affermata necessità per lo Stato di rendere presente e reale quell'idea del diritto che eccede ogni sua realizzazione e dunque ogni sua empirica manifestazione [16]. Anche lì il problema era quello del reperimento di un piano concreto in cui si possa dare insieme sia l'idea del diritto e il piano ideale della norma, sia l'elemento empirico della forza: idea e forza empirica non sono totalmente comprensibili e giustificabili nel loro isolamento e nella loro autonomia ma solo nella dimensione reale costituita dallo Stato. È in ogni caso in *Cattolicesimo romano* che questa struttura emerge chiaramente come propria della rappresentazione, che è considerata l'essenza stessa della forma politica. Anche qui terreno preferenziale dell'analisi è fornito, come in *Die Sichtbarkeit der Kirche*, dalla natura della Chiesa e dalla rappresentazione del Cristo. Ciò è significativo, perché in tal modo viene in primo piano con evidenza nel fenomeno della rappresentazione l'elemento della trascendenza, cosicché può apparire produttivo ricercare proprio nella rappresentazione il nocciolo teoretico della teologia politica schmittiana [17].

[15] Cfr. C. SCHMITT, *Die Sichtbarkeit der Kirche. Eine scholastische Erwägung*, in «Summa», I, 1917-18, pp. 71-80, tr. it. in «Il Centauro», n. 15, 1985, pp. 177-184, ora in C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, a cura di C. Galli, Milano 1986.

[16] Cfr. C. SCHMITT, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen 1914.

[17] Una anticipazione di questa tesi, presentata al convegno su Schmitt tenuto a Napoli presso l'«Istituto italiano per gli studi filosofici» nel dicembre 1985, si trova nel mio *La rappresentazione e l'arcano dell'idea*, in «Il Centauro», n. 15,

Anche a proposito del modo in cui tale struttura emerge nella *Dottrina della costituzione* è interessante ricordare che nel dibattito coevo è stata formulata l'indicazione critica della sua appartenenza ad un ordine di argomentazione di tipo teologico, in cui è tipico del divino essere pensato insieme come presente e come assente: si potrebbe dire presente in quanto assente [18]. È altresì significativo, per comprendere come la logica del discorso schmittiano non sia pacificamente da interpretare mediante la chiave semplice delle contrapposizioni dualistiche, come nella definizione sopra riportata sia usato un termine compromesso in tutto un plurisecolare dibattito sul principio di contraddizione: l'essere invisibile è infatti assente e presente nello stesso tempo (*gleichzeitig*): il che significa che nel momento in cui diviene presente e visibile non perde la sua natura di invisibile, e dunque l'eccedenza e la trascendenza che lo costituisce. Schmitt infatti insiste sulla non omogeneità che vi è tra l'essere di cui si deve dare rappresentazione e l'essere che lo rende presente: essi non sono sullo stesso piano, perché il secondo si dà sul piano empirico, mentre il primo, pur essendo reso presente mediante l'essere pubblico del rappresentante, eccede per sua natura l'esistenza e ogni manifestazione empirica. Anche qui è ripresa una questione già formulata in *Cattolicesimo romano*: non può essere rappresentato ciò che è presente nella sua realtà empirica, ma solo ciò che ha un'altra natura, come l'idea o il divino [19].

Anche Leibholz nella sua analisi tutta dedicata a questo concetto chiave della forma politica, in *Das Wesen der Repräsentation*, riprende questa differenza esistente tra l'esserci empirico delle cose e ciò che è rappresentabile, in quanto appartiene, come già dice Schmitt, a una più

1985, pp. 35-70, dove si cerca di mettere in luce il nesso essenziale che vi è tra rappresentazione e idea.

[18] Cfr. F. GLUM, *Begriff und Wesen der Repräsentation*, in *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation*, cit. (è parte di *Der deutsche und französische*, cit.), pp. 106-107.

[19] Cfr. C. SCHMITT, *Römischer Katholizismus und politische Form*, München 1925 (I ed. 1923) (tr. it. in C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano*, cit., pp. 45 ss.).

alta specie dell'essere (*höhere Art Sein*), che è presupposta dalla rappresentazione e la rende possibile [20]. Anche qui il riferimento va ad una *Wertsphäre*, che è determinata dal rapporto con l'idea.

In quanto l'essenza della rappresentazione consiste nel rendere presente in senso esistenziale e temporale ciò che non è realmente presente [21], la rappresentazione è distinta da una semplice astrazione di ciò che è unitario o universale nella molteplicità dei singoli dati: non solo ciò che deve essere rappresentato non è deducibile dalle individualità empiriche, ma è anche ad esse precedente e presupposto. Egualmente bisogna distinguere la rappresentazione dalla semplice raffigurazione di qualcosa o dalla creazione di immagini (*Darstellung*), in quanto la rappresentazione si riferisce a ciò che è altro, che appare solo attraverso di essa, ma nello stesso tempo la eccede: rappresentare qualcosa significa riferirsi a ciò che si vuole rappresentare e che deve essere sempre nuovamente (*noch einmal* dice continuamente Leibholz) reso presente [22].

Attraverso questo linguaggio metafisico nel dibattito costituzionale del periodo weimariano, in cui si assiste alla crisi dello Stato, ciò che si vuole caratterizzare è la natura della rappresentanza politica, così come essa si viene a determinare nella moderna scienza dello Stato. La rappresentanza politica prende infatti il suo senso specifico nel momento in cui, secondo la natura del rappresentare che si è sopra descritta, è collegata all'unità del popolo o della nazione: questa è rappresentabile in quanto non è un dato empiricamente presente; se lo fosse non sarebbe possibile rappresentazione. Schmitt ricorda a questo proposito l'affermazione kantiana secondo la quale quando il popo-

[20] Cfr. G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 32, e C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 210 (tr. it., p. 277).

[21] «Rein sprachlich gesehen bedeutet Repräsentieren, dass etwas nicht real Präsentes wieder präsent, d.h. existentiell wird, etwas was nicht gegenwärtig ist, wieder anwesend gemacht wird. Durch die Repräsentation wird somit etwas als abwesend und zugleich doch gegenwärtig gedacht» (G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 26).

[22] *Ibidem*, p. 27.

lo è riunito non rappresenta il sovrano, ma *è* esso stesso il sovrano, e non può essere rappresentato[23]. È questo il motivo per il quale il principio di identità si oppone a quello di rappresentazione.

Per questa sua relazione con l'unità il concetto di rappresentanza politica, di stampo pubblicistico, deve andare radicalmente distinto da quello di rappresentanza quale si dà nell'ambito del diritto privato, secondo cui una persona sta «al posto di» un'altra, di cui difende la causa o gli interessi. Tale distinzione di *Repräsentation*, rappresentanza politica, e *Vertretung* o *Stellvertretung*, come rappresentanza di tipo privatistico, già presente ad esempio in Bluntschli, è ribadita nelle riflessioni che si hanno alla fine degli anni Venti, non solo da parte di Schmitt e di Leibholz, ma anche di Smend e di Heller[24]. Non è sufficiente che un X stia al posto di un Y o di alcune migliaia di questi Y perché ci sia rappresentanza[25]; questa si dà quando non ci si riferisce ad una realtà e ad una volontà già esistente e determinata, ma si rappresenta ciò che non è empiricamente presente: così agisce ad esempio il parlamento nei confronti della volontà del popolo, che non è determinata prima e al di fuori dell'attività rappresentativa.

La distinzione tra *Repräsentation* e *Vertretung* non impedisce che quest'ultima si possa dare anche nell'ambito pubblico[26] in tutti i casi in cui ci si riferisce ad una vo-

[23] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 206 (tr. it., p. 272).

[24] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 209 ss. (tr. it., pp. 276 ss.). G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 32; R. SMEND, *Verfassung*, cit., pp. 8 ss.; H. HELLER, *Die Souveränität*, cit., pp. 75 ss. Quando nel testo parlo di rappresentanza, nel senso della rappresentanza politica, mi riferisco dunque a ciò che viene indicato nei testi tedeschi come *Repräsentation*. Anche nella filosofia classica tedesca il termine *Repräsentation* è usato per indicare il fenomeno della rappresentanza politica (cfr. G. DUSO, *Logica e aporie della rappresentanza*, cit., e i saggi relativi contenuti in *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, cit.; inoltre l'insostituibile testo di H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin 1974).

[25] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 210 (tr. it., p. 277).

[26] Cfr. G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 33.

lontà determinata e si esegue semplicemente un compito affidato; ma non c'è in questi casi rappresentanza politica, che si realizza solo là dove si conferisce forma all'idea dell'unità politica. Da una parte dunque la rappresentazione si riferisce a qualcosa che la precede e la eccede, e perciò non è semplice *Darstellung*, nel senso di una creazione autosufficiente di figure [27], e dall'altra ciò a cui si riferisce non ha una forma determinata, ma viene alla presenza mediante quella dimensione produttiva e formante (*Formieren*) che è propria della attività rappresentativa [28].

Attraverso queste riflessioni sul rapporto costitutivo di rappresentazione e unità politica sia Schmitt che Leibholz incontrano il processo teorico che ha accompagnato la genesi della moderna forma dello Stato. Infatti il padre del concetto di rappresentanza è ravvisato in Hobbes, il quale si sforza di intendere la genesi del corpo politico come persona civile, e dunque come unità, che, dal momento in cui si costituisce, non può più rifarsi, per la determinazione della sua volontà, né alla moltitudine degli individui che caratterizzano lo scenario dello stato di natura, né alla molteplicità delle volontà all'interno dello Stato, essendo queste solo volontà private di sudditi, che non possono perciò interpretare e dare voce alla persona che con il patto è nata [29].

Ciò comporta non solo che, nel suo emergere, il concetto

[27] Anche Leibholz, a proposito del principio dell'integrazione proposto da Smend, afferma che non è un processo integrativo a creare, per la prima volta, la totalità del popolo, ma questa è prodotta *noch einmal* dalla rappresentazione (*ibidem*, p. 47). Non mi addentro qui in una discussione sulle tradizioni relative all'uso e all'etimo del termine *Darstellung*, limitandomi a ricordare il senso di creazione autosufficiente di figure, senza rimando all'idea, che ha in Leibholz in quanto ciò permette di evidenziare, per contrasto, la struttura della rappresentazione.

[28] Cfr. C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano*, cit. e su questo argomento G. DUSO, *La rappresentazione e l'arcano dell'idea*, cit.

[29] «Questo significato integrante della rappresentazione e il suo stretto legame con il problema della formazione della volontà statale – per quanto posso ravvisare nella letteratura in proposito – è emerso con evidenza per la prima volta con Hobbes» (G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 58; cfr. anche H. HELLER, *Die Souveränität*, cit., p. 74, e su ciò P. PASQUINO, *Hermann Heller: sovranità e rappresentanza,* in questo stesso volume).

di unità politica, come monopolio della forza, implica necessariamente l'azione rappresentativa, ma anche che l'elemento personale dello Stato è incarnato dalla persona del rappresentante (in Hobbes direttamente dal sovrano-rappresentante) [30]. Dunque la persona civile non è tale se non attraverso la persona di chi la rappresenta, cioè di quell'attore politico (*persona* in senso etimologico) che le dà un volto e una voce.

Da questa impostazione del problema della rappresentanza politica e dai riferimenti a Hobbes risulta la possibilità di rileggere, con una lucidità che emargina una serie di interpretazioni consolidate nella letteratura critica, alcune linee portanti della storia della teoria della rappresentanza politica come categoria centrale di una teoria dello Stato. La rappresentanza non è cioè l'elemento specifico di una concezione borghese e liberale dello Stato, tesa a delimitare e a controllare il potere, ma piuttosto costituisce il senso e il modo di agire di questo potere, e con ciò l'elemento centrale della forma politica moderna, in quanto di questa forma è l'elemento formante.

La consapevolezza della contestualità del concetto di rappresentanza alle categorie politiche moderne si evidenzia anche in Leibholz, nel momento in cui distingue tale concetto da quello di solidarietà, che si basa sull'unità di un gruppo esprimentesi attraverso la totalità dei suoi componenti [31]. Qui l'azione di ognuno è intesa come azione di tutti, ed esempio ne sarebbe il fenomeno della faida. È invece solo nel momento in cui nasce il concetto di individuo come entità autonoma e autogiustificantesi, separata e opposta all'entità collettiva del gruppo, che si pongono le basi per la rappresentanza. Non si può perciò parlare di rappresentazione a proposito di quella solidarietà che caratterizza i primi raggruppamenti umani. Si

[30] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 214 (tr. it., p. 283). Per il concetto del potere politico come immane forza creata dall'insieme delle forze singole, si veda A. BIRAL, *Hobbes: la società senza governo*, in *Il contratto sociale*, cit., pp. 79 ss.

[31] Cfr. G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., pp. 30 ss.

può qui ricordare come l'uso di termini appartenenti alla famiglia lessicale della *repraesentatio* nel medioevo rivesta un carattere diverso proprio in quanto si riferisce ad una realtà collettiva che implica la natura e la realtà di chi ne fa parte e che agisce mediante l'azione di tutti i suoi membri in una organizzazione di diverse funzioni gerarchiche. Il concetto di individuo invece, punto di partenza della costruzione contrattualistica moderna implicante quell'uguaglianza che impedisce il governo dell'uomo sull'uomo, richiede, una volta generato il corpo politico, l'agire rappresentativo di una o più persone, che sia da intendersi come un agire di cui tutti si sono dichiarati autori [32].

Si può intendere come la comprensione del fenomeno rappresentativo proprio della teoria politica moderna spinga Schmitt a criticare un grande storico del diritto quale è Otto von Gierke, il quale, nella sua interpretazione continuistica dello sviluppo delle categorie politiche, non distinguerebbe con chiarezza una serie di concetti quali «Repräsentation», «vicem gerere», «mandatum», «commissio», «Ermächtigung», «Vertretung». La mancanza di chiare distinzioni tra questi concetti porta Gierke a considerare la rappresentanza, letta nella chiave di una situazione cetuale, in cui è vincolata dal mandato imperativo – come è ad esempio in Althusius –, del tutto eclissata nell'epoca dell'assolutismo, al punto che non ne è riconosciuta la centralità in un pensatore quale Hobbes [33].

[32] Cfr. H. HOFMANN, *Repräsentation*, cit., soprattutto i capp. IV, V, VI.

[33] È tuttavia da rilevare che la stessa posizione schmittiana presenta una sua coerenza nel momento in cui l'espressione dell'assolutismo e del principio rappresentativo è ravvisata in Hobbes, nel cui pensiero è per il sovrano strutturale la dimensione rappresentativa, così come lo scenario del contratto e il processo, sia pure ideale e logico, di autorizzazione, che sta alla base del concetto di autorità e della dialettica autore-attore. Tale coerenza sembra invece scomparire, rendendo più incerta e forse contraddittoria la costruzione teorica, nel momento in cui l'espressione più pura del principio rappresentativo è ravvisata nella «monarchia assoluta» (ad es. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 206, tr. it., p. 271 e *passim*, e soprattutto *Politische Romantik*, Berlin 1968[3], 1919[1], tr. it. *Romanticismo politico*, a cura di C. Galli, Milano 1981, p. 95); e ciò non solo per la difficoltà che si può avere nell'identificare concettualmente una tale espressione, e per la complessità della realtà storica dell'assolutismo, che appare

La moderna rappresentanza non può non essere caratterizzata dall'indipendenza propria del rappresentante. Se infatti questo dipende da un mandato e da determinate volontà e istruzioni, non può che rispecchiare le volontà da cui dipende, ma queste non sono la volontà unitaria del popolo, ma solo le particolari volontà di individui o corpi organizzati [34]. Ciò che viene meno dunque nella dipendenza del rappresentante è la funzione rappresentativa della volontà generale del corpo politico; egli non sarebbe allora rappresentante, ma funzionario, agente, commissario. È da tener presente che tale natura della rappresentanza è propria non solo del sovrano di Hobbes, ma anche del rappresentante della sovranità del popolo che si ha in Kant e, come ricorda Schmitt, del rappresentante del popolo quale emerge nella costituzione francese del 1791, e da allora in poi nella storia delle costituzioni contemporanee. Il rappresentante cioè non rappresenta i suoi elettori, o alcuni gruppi particolari, o il circondario in cui è eletto, ma la nazione intera, la cui volontà non è data fuori della sua rappresentazione. Da questo punto di vista il rappresentante dei parlamenti moderni non è servitore dei cittadini che lo eleggono, ma piuttosto loro signore (*Herr*), senza mandati né istruzioni, come già aveva ricordato Max Weber [35].

difficilmente riducibile ad un'unità, come mostra la struttura politica dell'antico regime, che prevede ancora una realtà dei *corpi* e una loro rappresentanza di fronte al re, ma anche perché nella monarchia si possono ritrovare forme di legittimazione che si basano su elementi quali la grazia divina o la forza tradizionale della dinastia, piuttosto che su quelli propri della costruzione «razionale» dello Stato e sulla sovranità in senso moderno, che appaiono connaturati al concetto di rappresentazione. Si tenga a questo proposito presente l'illuminante saggio di O. BRUNNER sulle trasformazioni della monarchia dal medioevo all'età moderna in *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, Göttingen 1968² (tr. it. parziale, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. SCHIERA, Milano 1970, «Dall'investitura per grazia di Dio al principio monarchico», pp. 164-199).

[34] Sul senso specifico del *mandato*, e sul suo rapporto con una volontà espressa e determinata cfr. H. TRIEPEL, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht*, Stuttgart-Berlin 1942, e anche C. MÜLLER, *Das imperative und freie Mandat*, Leiden 1966.

[35] Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, hrsg. von J. WINCKELMANN, Tübingen 1976⁵, I, p. 172 (tr. it. *Economia e società*, a cura di P. ROSSI, Milano 1974², ora 1981, I vol., p. 291). A tale posizione weberiana rimanda G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 73.

Se anche nel moderno Stato rappresentativo emerge questo elemento dell'indipendenza del rappresentante nella sua funzione di rappresentare l'intero corpo politico, ciò è dovuto allo stretto legame che si è posto fin dalla nascita della moderna teoria politica tra il concetto di rappresentazione e quello di sovranità. Come si è visto infatti già in Hobbes, sovrano è colui che rappresenta il corpo politico nella sua unità, e fornisce dunque volto e azione a quella forza comune che tutti hanno creato e a cui tutti sono sottoposti. In una diversa situazione concettuale e con diverso riferimento storico, è pensabile un corpo politico mediante lo svolgimento delle funzioni delle sue parti gerarchicamente organizzate, per cui le istanze superiori non negano quelle inferiori, e il potere più alto non è potere sovrano e assoluto. Qui invece si tratta di esprimere quell'unica forza che è da tutti prodotta e che non può avere resistenza, un potere sovrano, che si incarna appunto nell'agire rappresentativo, per cui si può parlare del sovrano-rappresentante [36].

In realtà Leibholz separa i due concetti di sovranità e rappresentazione sulla scia di Heller, ricordando come questi giustamente distingua una rappresentazione sovrana, in cui il sovrano dispone di un potere universale ed autonomo di decisione, e la rappresentanza magistratica (*magistratische Repräsentation*), nella quale sovrano non è il rappresentante ma il rappresentato, cioè il popolo [37]. Tale distinzione mi pare possibile ravvisare nelle posizioni che si hanno nel periodo della rivoluzione francese, ad esempio in Germania in quelle di Kant e di Fichte, che, pur mantenendo il principio rappresentativo come essenziale al darsi della forma Stato, fanno tuttavia propria la rivendicazione di Rousseau, secondo cui la sovranità spetta alla totalità del popolo. In questo caso il rappresentan-

[36] Cfr. il ricorrere dell'espressione «la persona sovrano-rappresentativa» nei saggi hobbesiani di Schmitt, che sono ora raccolti nella tr. it. a cura di C. Galli, C. Schmitt, *Studi su Thomas Hobbes*, Milano 1986. Sul rapporto sovranità-rappresentanza si veda anche la stessa introduzione di Galli.

[37] Cfr. G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 76 e H. Heller, *Die Souveränität* cit., p. 75 ss.

te non è più il sovrano direttamente, ma si riferisce alla sovranità del popolo; tuttavia non può che essere l'unico interprete legittimo di quella volontà sovrana, e dunque colui che le dà forma e la esprime. Ancora la rappresentanza, nel senso formante del termine, e non come esecuzione di volontà espresse e presupposte, con la necessaria indipendenza che la connota, appare come necessaria in relazione al concetto di sovranità, che è attribuito alla totalità del corpo politico. Se c'è tra queste due posizioni una differenza, che esclude l'immediata identificazione dei due concetti, tuttavia essa si pone all'interno di una più intensa unità, che separa questi due modi di intendere la rappresentanza, come espressione di un potere unitario e sovrano, da precedenti posizioni, nelle quali la rappresentanza è legata al concetto di mandato imperativo e il popolo non è l'istanza unitaria che si deve esprimere al di là delle volontà particolari degli individui, ma è realtà costituita di diverse associazioni e momenti organizzativi che si esprimono nella loro pluralità. Resta chiaro in Leibholz come in Heller che il principio rappresentativo in chiave moderna è collegato al concetto di sovranità: ambedue prendono il loro senso specifico nel legame che li unisce, e nel contesto storico e concettuale da cui nascono [38].

Nell'analisi di Schmitt e di Leibholz del concetto di rappresentazione come concetto tipico della forma politica moderna che abbiamo fino a qui seguita sono emersi alcuni elementi caratterizzanti, che è utile ora riassumere. Innanzitutto si è mostrato centrale il rapporto tra la rappresentazione e l'unità politica, la quale è intesa non come dato empirico, ma come idea. In tale rapporto si manifesta la natura stessa della rappresentazione, che implica la non presenza di ciò che deve essere rappresentato. Non ci si trova così tanto di fronte ad una sfera del dover essere, quanto piuttosto ad un fatto esistenziale e ad una dimensione di concretezza, in cui si danno insieme sia l'idea che la realtà empirica [39].

[38] Cfr. per quanto riguarda Heller il saggio citato di P. Pasquino in questo volume, pp. 35 ss.).

[39] In Schmitt tale dimensione di concretezza appare rilevante già negli scritti

L'eccedenza dell'idea nei confronti di quanto si dà empiricamente nella presenza, e dello stesso atto del rappresentare fa emergere un aspetto simbolico: è infatti proprio del simbolo rendere presente ciò che è altro e che trascende la natura stessa del segno presente, come pure mettere in azione un movimento partecipativo nei confronti di ciò che è simbolizzato. L'aspetto simbolico è richiamato da Schmitt e anche da Smend. Di esso si può parlare anche per Leibholz; è ben vero che egli distingue la rappresentazione dal simbolo, ma non tanto per negare la natura simbolica – del rimando ad altro – dell'agire rappresentativo, quanto piuttosto per sottolineare a proposito di quest'ultimo il carattere attivo e personale, che mancherebbe invece al simbolo, il quale, in quanto «segno», rinvia a un contenuto di valore fuori di sé, ma non lo rende – come fa invece la rappresentazione – «ancora di nuovo concretamente presente (noch einmal konkret gegenwärtig)» [40].

Se alla rappresentazione è connaturato il riferimento all'idea, e proprio perciò essa non è semplice creazione arbitraria di immagini, tuttavia tale idea non ha una sua figura ma prende forma e viene alla presenza solo attraverso la rappresentazione, senza con ciò perdere la sua natura [41]. Il che significa che ciò che è rappresentato – si pensi al popolo come unità politica, alla nazione – eccede sempre ogni rappresentazione, ma non emerge alla pre-

del secondo decennio del secolo; si pensi ad esempio allo Stato come darsi concreto dell'ideale del diritto e dell'elemento empirico della forza, quale appare in *Der Wert des Staates*. Ma è significativa anche l'affermazione di Leibholz, secondo cui è nella rappresentazione che è prodotta quell'unità in cui si danno sia la sfera ideale che quella empirica: il termine usato è quello, segnato dalla tradizione hegeliana, di *aufheben* (G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 37).

[40] Cfr. *Ibidem*, p. 36.

[41] I valori ideali infatti, che permettono e richiedono la rappresentazione, non possono essi stessi fungere da rappresentanti: il rappresentante è tale in quanto è nella dimensione della reale presenza ed è concretamente percepibile (*ibidem*, p. 35). Si pensi alla dialettica di visibile e invisibile e alla necessità del piano della visibilità e della reale presenza per il coglimento dell'invisibile, quale si ha in C. SCHMITT, *Visibilità della Chiesa*, cit..

senza e non esprime volontà determinata se non attraverso di essa [42].

Natura del rappresentare è dunque di essere una attività formativa: esso appare come l'elemento formante della forma politica. Tale determinazione non è conciliabile con un concetto di rappresentanza che sia vincolata da mandati imperativi o volontà espresse: è necessariamente prerogativa della rappresentanza politica l'«indipendenza», che comporta il fatto che essa provenga sempre «dall'alto», in quanto l'unità politica rappresentata non può provenire dai singoli che si sentono rappresentati [43].

Ancora, tale formazione dall'alto richiede la dimensione personale: non sono le cose inanimate a poter «rappresentare», ma solo le persone, come lo stesso etimo indica, e le persone dotate di autorità, proprio perché attraverso loro prende forma ciò che deve essere rappresentato [44]. Ma dignità e valore personale devono essere propri, sia pure in forma diversa, anche di coloro a cui la rappresentazione è rivolta e che in essa si riconoscono. Tuttavia la dimensione personale comporta anche differenza tra chi rappresenta e chi è rappresentato: tale caratteristica, che come vedremo sarà negata dal principio di identità, è ben presente in Leibholz, che insiste sulla *Duplizität* intrinseca alla rappresentanza [45].

Nell'etimo della rappresentazione – come pure della persona – è infine radicata un'altra caratteristica, quella della pubblicità, non solo nel senso che essa pertiene alla sfera del diritto pubblico e non a quella del diritto privato o dell'economia, ma anche in quello della sua stessa dimen-

[42] Anche Leibholz insiste sulla idealità della unità politica rappresentata (ad es. G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 47).

[43] Cfr. C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano*, cit., pp. 55-56.

[44] *Ibidem*, p. 50.

[45] Cfr. G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 28, e anche pp. 110-111, dove critica il modo in cui Jellinek si rapporta alla rappresentazione intendendo la volontà dei rappresentanti immediatamente come quella dei rappresentati, in un'unità che perderebbe appunto la caratteristica della duplicità personale.

sione strutturale: rappresentare infatti non si dà se non si presenta qualcosa a qualcuno, se manca il pubblico, indispensabile alla scena in cui l'attore si esibisce. E Schmitt ricorda come la nozione di pubblicità porti con sé quella di popolo: «non c'è nessuna rappresentazione senza pubblicità, nessuna pubblicità senza popolo» [46]; e viceversa «il popolo appare solo nella pubblicità, anzi esso produce pubblicità» [47]. Allora la rappresentazione non solo implica, attraverso la pubblicità, il popolo, ma lo implica come elemento attivo e produttivo nei confronti di questa sua essenziale dimensione della pubblicità.

2. *Rappresentazione e realizzazione dell'identità*

Una volta chiarita la struttura del fenomeno rappresentativo si tratta di ritornare alla contrapposizione da cui siamo partiti tra i principi di identità e di rappresentazione. Tale contrapposizione, spesso sottolineata dagli studiosi [48], è in effetti espressa sia da Schmitt che da Leibholz ed ha il preciso scopo polemico di contrapporsi ad un modo diffuso di intendere la rappresentanza politica come fenomeno di una organizzazione del potere fondata sul principio democratico contro un concetto assoluto di potere. Nella loro genesi invece il principio della rappresentanza e quello democratico sono visti come logicamente opposti tra loro, secondo quanto appare chiaramente nei due pensatori che esprimono in modo più puro i due principi, cioè Hobbes e Rousseau, che costituiscono fondamentali punti di riferimento sia per Schmitt che per Leibholz [49].

[46] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 208 (tr. it., p. 274).

[47] *Ibidem*, p. 243 (tr. it., p. 319).

[48] Cfr. W. MANTL, *Repräsentation und Identität. Demokratie im Konflikt. Ein Beitrag zur modernen Staatsformenlehre*, Wien-New York 1975, soprattutto cap. IV, pp. 121 ss.

[49] Si tengano presenti i rimandi sopra riportati da parte dei due autori a Hobbes e quelli a Rousseau a proposito dell'identità (ad es. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 205, tr. it., p. 271, e G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 30).

Se in ambedue i casi il problema di fondo è la costruzione dell'unità politica di un popolo, diversi sono i modi di produzione di questa unità, che si può costituire o mediante la differenza della persona del rappresentante, oppure mediante la presenza immediata del popolo che esprime la sua volontà [50].

La contrapposizione viene subito ad attenuarsi nell'affermazione schmittiana che identità e rappresentanza nella concreta realtà dello Stato non si escludono, ma «sono solo due punti contrapposti di orientamento nella concreta strutturazione dell'unità politica» ed ambedue risultano a questa strutturazione necessari [51]. Ma il problema appare più complesso, e già da quanto è emerso dall'analisi della struttura della rappresentazione si può escludere che i due principi si pongano nello stesso senso e allo stesso livello come poli di orientamento. Infatti a ben vedere, ciò che risulta nel testo schmittiano è l'impossibilità logica della pura identità e dunque del concetto di democrazia nella sua versione pura; di contro si ha la descrizione di una forma che è quella in cui *rappresentazione* e *identità* si danno congiuntamente: ma ciò accade perché la rappresentazione è principio formale (e dunque «non c'è Stato senza rappresentazione, perché non c'è Stato senza forma»), e richiede l'elemento dell'identità nel suo processo proprio per essere quello che è, cioè rappresentazione.

La differenza di ruolo tra i due principi appare subito, non appena si ricordi che quello della rappresentanza implica l'elemento del popolo che vive come unità. Ciò può restare in ombra se il principio viene espresso mediante la semplice indicazione della necessità dell'agire della persona rappresentativa, e viene visto manifestarsi nella realtà della monarchia assoluta mediante l'affermazione: «l'état c'est moi»; ma viene subito in luce non appena si chiarisce la natura dell'agire rappresentativo. Di questa natura

[50] Più volte emerge in Schmitt l'affermazione dell'opposizione tra i due principi: cfr. ad es. oltre alle già citate pp. ad essi specificamente dedicate, anche p. 260 (tr. it., p. 345).

[51] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 206 (tr. it., p. 272).

non può non essere propria la pubblicità, come si è visto; e dunque l'espressione della volontà dell'insieme degli individui che si riconoscono come popolo nell'unità politica [52]. Da questo punto di vista si può dire che la rappresentanza è tale in quanto implica l'identità del popolo e si determina come processo che muove da una tensione costitutiva tra l'idea dell'unità politica e quella situazione unitaria che viene realizzata, mediante il riconoscimento dell'insieme dei componenti il popolo, nella totalità del popolo rappresentata: qui si ha la realizzazione in concreto dell'identità del popolo.

Invece il principio di identità, nella sua espressione pura, sembra escludere per la sua stessa natura quello di rappresentanza: se il popolo è presente, esso è il sovrano e non può essere rappresentato, e, come si può vedere in Rousseau, l'attualità della volontà generale impedisce qualsiasi sua rappresentazione; infatti si può rappresentare solo ciò che non è realmente presente. Nel momento però in cui ci si pone il problema non tanto dell'esistenza *del* popolo, quanto *della* sua presenza come immediata identità, sorge un'aporia di fondo. Non solo infatti «una totale, assoluta identità del popolo di volta in volta presente con se stesso in quanto unità politica non esiste in nessun luogo e in nessun istante» [53], ma appare addirittura impensabile per lo stesso principio, che sta alla base del pensiero di Rousseau, che il popolo, nella sua totalità, come entità politica, non equivale alla semplice somma dei singoli individui che lo compongono. Innanzitutto dunque la totalità dei cittadini che compongono l'assemblea sovrana non coincide in realtà con tutti – proprio tutti – gli individui che compongono un popolo, ma inoltre – e ciò è maggiormente rilevante – il singolo cittadino non è presente nell'assemblea in quanto singolo nella sua esistenza naturale, ma in quanto *citoyen*, e dunque parte-

[52] Ancora è da ricordare che tale dinamica concettuale è coerente se il nesso sovranità-rappresentanza è ravvisato in Hobbes piuttosto che nella monarchia assoluta.

[53] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 207 (tr. it., p. 273).

cipe della sovranità e del potere comune. C'è dunque uno scarto, secondo il quale colui che è presente nell'assemblea sovrana è legato non alla datità dell'esistente, ma all'idea dell'unità del popolo, della volontà generale che deve essere espressa. Sembra così introdursi un inevitabile elemento rappresentativo.

Se si cerca di seguire le indicazioni schmittiane sulle situazioni in cui «il principio di identità è veramente realizzato al massimo grado» [54], la necessaria mediazione costituita da elementi rappresentativi emerge con chiarezza. Infatti è ben vero che nel plebiscito e nell'acclamazione il popolo appare presente ed esprime la sua volontà, ma è anche vero che tale presenza non è di una identità immediata. L'espressione di volontà è possibile in quanto è formulata – non *dal* ma *per* il popolo – una domanda che permette quella espressione, perché costitutivamente, come Schmitt dice, il popolo può rispondere ma non domandare: «Volk kann antworten, aber nicht fragen» [55]. Ciò significa che l'unità del popolo risulta da un processo in cui gli individui del popolo *si riconoscono nella messa in forma unitaria* che si ha attraverso la domanda, facendo così emergere una volontà che non è più di essi come singoli, ma del popolo intero. È proprio la messa in forma delle volontà da parte della domanda, che consente una unione delle volontà, a costituire l'elemento portante di tutto un processo in cui l'identità viene ad avere il senso della identificazione, impensabile senza la rappresentazione dell'unità [56]. Dell'intreccio che si ha a questo proposito dei due concetti è segno la constatazione che una tale presenza del popolo acclamante si produce anche nella monarchia – e dunque in una forma che si oppone al principio di

[54] *Ibidem.*

[55] Cfr. C. Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren*, Berlin-Leipzig 1927, p. 37.

[56] Schmitt appare su questo punto oscillante, e se da una parte mette in rilievo il fatto che nella mediazione della domanda si trova spesso l'effettiva decisione (*Verfassungslehre* cit., p. 279, tr. it., p. 367), tuttavia sembra ipotizzare (nella stessa pagina) momenti in cui esplode la volontà del popolo in modo incontraddittorio e univoco.

identità, su cui si basa la democrazia – «almeno finché la monarchia è una essenza statale vivente», cioè, potremmo dire, finché essa non è la semplice sopravvivenza di una forma meramente «legittima», ma ha il senso politico ed esistenziale della rappresentazione [57].

Si può pensare che tale difficoltà provenga dal fatto che il concetto di popolo qui impiegato risente ancora di una accezione secondaria e negativa, secondo la quale esso si distingue dal sistema ufficialmente organizzato delle autorità e delle magistrature [58]. Da questo punto di vista la non immediatezza del darsi dell'identità potrebbe sembrare meno problematica in relazione all'assunzione iniziale della contrapposizione dei due principi: si potrebbe trattare ancora senza contraddizione di quella produzione della dimensione della pubblicità da parte del popolo che è dimensione fondamentale della rappresentazione. Tuttavia un problema analogo si presenta a proposito del cardine della democrazia, cioè del popolo inteso come soggetto del potere costituente [59], quel potere unico e indivisibile che è il fondamento comprensivo di tutti gli altri poteri.

Osservare il modo in cui si determina il potere costituente è importante perché a questo proposito si distinguono le forme di Stato in relazione ai due principi fondamentali; infatti là dove è il popolo e non il monarca ad essere soggetto del potere costituente «la forma politica dello Stato si determina nella raffigurazione (*Darstellung*) dell'identità: la nazione è presente; essa non può essere rappresentata e non ha bisogno di esserlo» [60]. Con il potere costituente ci troviamo al cuore del problema della produzione della forma politica: infatti «potere costituente è una volontà politica, il cui potere (*Macht*) e autorità (*Autorität*) è in grado di prendere la concreta decisione fon-

[57] *Ibidem*, p. 244 (tr. it., p. 320).

[58] *Ibidem*, p. 242 (tr. it., p. 318): Schmitt parla di «negativ bestimmte Grösse».

[59] *Ibidem*, pp. 223 (tr. it., p. 293), 238 (tr. it., p. 313) e 91 (tr. it., p. 130).

[60] *Ibidem*, p. 207 (tr. it., p. 271).

damentale (*die konkrete Gesamtentscheidung*) sulla specie e la forma della propria esistenza politica, ossia di stabilire complessivamente l'esistenza dell'unità politica» [61]. Siamo dunque di fronte all'atto primario della decisione fondamentale e della produzione della forma politica ed è proprio in relazione al modo in cui si produce l'unità politica che si distinguono i due principi della identità e della rappresentazione.

Il popolo come potere costituente è principio tipico della moderna democrazia – il riferimento schmittiano nel capitolo dedicato al potere costituente va a questo proposito nella direzione di Sieyès [62] – e non è ritrovabile in posizioni più antiche, quali ad esempio quella di Althusius, in cui il popolo è *potestas constituta* [63]. Come fondamentale prerogativa il popolo ha, come potere costituente, quella di non essere costituito, non solo nel senso che non può essere regolamentato né avere limiti, ma anche in quello secondo cui «non è una istanza stabile e organizzata» [64]. Esso è dunque una entità «nicht formierte», priva di determinazione e di forma: in ciò sta sì la sua forza – che consiste nel suo essere superiore ad ogni regola e struttura stabilite, nell'essere fondamento di ogni regolamentazione –, ma anche la sua debolezza – che risiede nel fatto che deve decidere sulla sua forma politica senza essere esso stesso qualcosa di formato [65]. Schmitt riflette su questa difficoltà dicendo che proprio per questo le espressioni della volontà popolare possono essere misconosciute,

[61] *Ibidem*, p. 75 (tr. it., pp. 109-110).

[62] Sul potere costituente in Sieyès e Schmitt, nella direzione della priorità del principio rappresentativo, si veda anche il saggio di P. PASQUINO, *La dottrina del "potere costituente" in Emmanuel Sieyès e Carl Schmitt*, di prossima pubblicazione.

[63] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 77 (tr. it., p. 112), ove si ha ancora la critica a Gierke che collega la posizione del deista romantico Rousseau al calvinista credente Althusius, perdendo di vista il fatto che non in quest'ultimo, ma successivamente, si ha la secolarizzazione del concetto teologico di Dio come *potestas constituens*.

[64] *Ibidem*, p. 83 (tr. it., p. 118).

[65] *Ibidem*, p. 83 (tr. it., p. 119).

fraintese o falsate. Ma la logica del suo discorso porta ad una aporia più profonda: che, mancando dell'elemento formale della personalità, il popolo non riesce in quanto tale, nella sua identità, ad essere principio formante e produttore di forma.

Se si esaminano infatti i modi in cui la concreta decisione politica del popolo come soggetto si esprime, si può notare – paradossalmente in rapporto all'enunciazione della opposizione dei due principi – che non vi può essere, nemmeno a questo livello, espressione immediata della volontà del popolo presente. Tutte le vie seguite dalla democrazia per esprimere la volontà costituente del popolo passano attraverso un momento di mediazione che permette a tale volontà di prendere forma, sia nel caso in cui sia prevista a questo scopo una assemblea nazionale, oppure una Convenzione, sia nel caso in cui si dia la procedura del plebiscito, che non solo, come si è visto, richiede la formulazione della domanda, ma a volte può essere addirittura il modo in cui si esprime la volontà, da parte della maggioranza dei votanti, di demandare ad altri la decisione e di ratificare semplicemente decisioni già avvenute e situazioni di fatto [66].

In tutti questi casi si introducono elementi di rappresentazione e la dimensione produttrice di forma che spetta alla persona, dimensione che si presenta o nel corpo dell'Assemblea nazionale o nella Convenzione, o nell'istanza che pone la domanda, mentre il popolo, nell'insieme dei suoi membri, interviene solo mediatamente, o nell'atto dell'elezione o in quello della ratifica e della approvazione. L'elemento rappresentativo, che si è qui introdotto, fa sì che non di identità immediata si possa parlare ma piuttosto ancora di quella pubblicità richiesta dal fenomeno della rappresentazione, che qui si manifesta in modo formale ed espresso.

[66] *Ibidem*, pp. 84 ss. (tr. it., pp. 119 ss.); cfr. pp. 279-280 (tr. it., p. 368), dove, lasciando da parte i problemi relativi ad una psicologia di massa, Schmitt indica come senso principale della dipendenza nei confronti della formulazione della domanda il fatto che la maggioranza degli elettori cerca di esprimere il minimo di decisione, di sottrarsi ad essa.

Si può a questo punto ritornare al problema di fondo che il principio dell'identità comporta: il popolo in quanto tale, nella sua immediatezza, è privo di forma, e non riesce a produrre forma se non attraverso la mediazione di un elemento formale quale è quello personale-rappresentativo. Inoltre, se alla base dell'identità del popolo sta il dato politico della omogeneità [67], è da ricordare che questa non è un dato empiricamente esistente, ma è opera di una finzione (*fingiert wird*) [68]. La finzione non vuole tanto qui introdurre un elemento critico, basato sulla contrapposizione di finzione e realtà, ma richiamare la struttura stessa della rappresentazione, nella quale ciò che deve essere prodotto implica una realtà che non ha la dimensione empirica, bensì quella ideale. Del resto l'elemento della finzione appare connaturato alla stessa dimensione giuridica che si dà nell'intreccio della storia dei concetti di persona e di rappresentazione [69].

Il concetto di identità, come presenza immediata del popolo che, nella sua unità politica, esprime volontà e azione, è allora soltanto *gedankliche abstrakte Konstruktion*, nella quale scompare l'aspetto politico al punto che paradossalmente il tentativo di costruzione della democrazia diretta, che non colga lo scarto che si ha tra *citoyen*, quale interprete della volontà dell'intero corpo politico, e singolo individuo empiricamente presente, rischia di perdere ciò che si vuole produrre, cioè l'unità politica, che, è da

[67] Ciò anche nel modello rousseauiano, nel quale è l'omogeneità e non il contratto alla base dell'unità dello Stato (cfr. C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München-Leipzig 1926², p. 20).

[68] C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 215 (tr. it., p. 284).

[69] Si ricordi il legame in epoca medievale tra il concetto di *persona* e la nascita della finzione giuridica e la stessa espressione «persona ficta sive repraesentata» (cfr. H. HOFMANN, *Repräsentation* cit., pp. 132-144 e anche F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova 1979), come pure l'intreccio dei concetti di persona, rappresentanza e finzione nel cap. XVI del *Leviatano* di Hobbes. Lo stesso Schmitt aveva per altro riflettuto già nella sua prima produzione sulla finzione giuridica mostrandone la produttività per la scienza e la prassi giuridica: è tale produttività a renderla qualcosa di diverso dalla semplice invenzione ingannevole (cfr. C. SCHMITT, *Juristische Fiktionen*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», XVIII, 1913, pp. 804-805).

ricordare, «non esiste per natura ma si basa sulla decisione umana» [70].

D'altro canto emerge un senso concreto del concetto di democrazia, in cui è presente l'elemento politico e in cui l'identità non si dà nella forma dell'immediatezza, ma in quella del processo di identificazione. Infatti la serie delle identità che si danno tra *Regierender* e *Regierter*, *Herrscher* e *Beherrschter*, *Subjekt* e *Objekt* dell'autorità statale, popolo e parlamento, sono in realtà «Anerkennung der Identität» [71]: tale modo di apparire concretamente dell'identità è negazione della possibilità di darsi nella sua immediatezza, come è ipotizzato dal primo principio.

Leibholz, sempre attento ai percorsi schmittiani, si rende conto di questa dialettica, secondo la quale nell'identità si immetterebbero elementi fittizi e dunque rappresentativi, con il risultato di interpretare l'identità in modo capovolto come rappresentazione [72]. Anche se egli mostra di essere consapevole che nel prodursi concreto della comunità politica intervengono elementi rappresentativi [73], tuttavia ritiene necessario tenere ben distinti i due concetti di identità e rappresentazione, l'uno dominato dal pensiero dell'unità, e l'altro da quello della duplicità personale, perché la loro confusione comporterebbe un velo di misticismo oscurante la funzione che i principi costitutivi hanno nel modo di strutturarsi dell'unificazione della volontà nella forma dello Stato [74]. A tale scopo egli cerca di descrivere l'elemento di mediazione e di scarto come proprio dello stesso concetto di identità: se infatti per il concreto darsi dell'identità si deve parlare di un processo di *Identifizierung* [75], ciò non comporterebbe la necessità dell'introduzione di elementi rappresentativi, quanto piutto-

[70] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 215 (tr. it., p. 284).

[71] Cfr. C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage*, cit., p. 35.

[72] Cfr. G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 30, n. 1.

[73] Cfr. ad es. *ibidem*, p. 196.

[74] *Ibidem*, p. 29.

[75] *Ibidem*, pp. 28-29.

sto il riconoscimento che l'identità, come la rappresentazione, è un concetto non delle scienze naturali, ma di quelle dello spirito. È per la sua natura *geistig* che si deve perciò parlare, anche a proposito dell'identità di un processo, e precisamente di un processo di transustanziazione, secondo cui viene dichiarato identico ciò che non lo è nella realtà empirica. Si pensi all'insieme degli individui e alla volontà generale del popolo o allo scarto, a cui si è accennato, tra il singolo fisicamente presente nell'assemblea sovrana e il suo essere *citoyen*, in base a cui può esprimere appunto la volontà generale. Se c'è identificazione nell'uguaglianza democratica, ad esempio tra il popolo come insieme dei votanti e il popolo come unità ideale, ciò non ha, secondo Leibholz, il senso della produzione dell'unità mediante la differenza della persona che agisce rappresentativamente, ma quello invece di un processo che ha il suo senso nell'identità e il suo punto di partenza nella sovranità popolare [76].

Attribuendo alla identità in quanto tale mediazione e processo, Leibholz può cercare di opporsi alla logica schmittiana che tende all'unicità di struttura della forma politica, criticando Schmitt quando egli sembra far confluire un concetto nell'altro, e riallacciandosi invece alle sue dichiarazioni della opposizione irriducibile dei due principi [77]. Tuttavia la dominanza della dialettica che si manifesta nel pensiero schmittiano rischia di coinvolgere anche il pensiero di Leibholz, se si tiene presente l'irriducibilità del popolo nella sua unità a realtà empirica, il senso non immediatamente istituzionale, ma piuttosto esistenziale della rappresentanza, e infine il fatto che è un elemento di differenza personale quello che si introduce nelle forme di identificazione che sono proprie dell'uguaglianza democratica, dal momento che sono persone (nella loro dimensione esistenzialmente rappresentativa) coloro che

[76] *Ibidem*, soprattutto n. 1, p. 29 e n. 1, p. 30.

[77] *Ibidem*, p. 119 e n. 4. Sulla ricaduta l'uno nell'altro dei due principi in Schmitt si veda H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Neuwied-Berlin 1964, soprattutto p. 154.

producono una forma che permette appunto il processo di identificazione.

È lo stesso problema dell'unità politica dunque ad implicare la necessità della rappresentazione (o di qualcosa che alla rappresentazione è assai vicino), e ciò perché l'unità politica non è un fatto ma il prodotto di una decisione. Se la rappresentazione ha, in Schmitt in modo particolare, la stessa estensione della forma politica, anche nella sua versione democratica, potrebbe tuttavia sembrare che il piano in cui si mantiene l'opposizione tra rappresentanza e identità sia quello della *Regierung*. Più volte infatti Schmitt afferma che un massimo di rappresentanza equivale ad un massimo di governo, mentre un massimo di identità corrisponde in realtà a un minimo di governo. Questo appare a qualche interprete, che si accorge della coestensione del principio di rappresentazione al problema dell'unità politica e dunque, per questo aspetto, anche alla democrazia, un secondo e più specifico concetto di rappresentazione, coincidente con quello di potere, secondo il quale si può dire che la lotta per la rappresentazione è lotta per la *politische Macht* [78].

Ma a questo proposito l'unità di struttura che lega i due principi è più forte di quanto ad un primo momento non appaia e la distinzione si dissolve. Infatti, se il presupposto della democrazia è «Identität von Herrschen und Beherrschen, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden» [79], ciò non esclude la differenza tra governanti e governati, ma piuttosto il fatto che questa differenza sia qualche cosa di qualitativo, che crei la superiorità di alcuni individui in quanto tali sugli altri. Senso della democrazia è che sia i governanti che i governati si sentono all'interno di una sostanziale unità, dell'uguaglianza come sostanziale omogeneità del popolo. Ma ciò compor-

[78] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 212 (tr. it., p. 280). Tale il punto di vista di V. HARTMANN, *Repräsentation in der politischen Theorie*, cit., pp. 204-205.

[79] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 234 (tr. it., p. 307).

ta non solo che la differenza tra governati e governanti non può essere eliminata, ma anzi che «può essere di fatto mostruosamente accresciuta e rafforzata, nella misura in cui le persone che governano e che obbediscono rimangono nella omogeneità sostanziale del popolo» [80]. Il sentirsi parte del popolo come tutto sia da parte di chi comanda che di chi obbedisce rende più forte la *Herrschaft* e la *Regierung*: il potere dei governanti, trovando l'approvazione e la fiducia del popolo, a cui appartengono, «può essere più severo e duro, il loro governo più risoluto di quello di un qualsivoglia monarca patriarcale o di una prudente oligarchia». Ancora una volta il concetto di identità confluisce nel suo opposto e nel presupposto democratico di omogeneità si trova il fondamento per quell'elemento della *Regierung*, che era stato dichiarato caratteristico della rappresentanza.

Un'ultima distinzione sembra infine affievolirsi in seguito a questa analisi, quella ribadita sia da Schmitt che da Leibholz, secondo cui la rappresentanza è caratterizzata dalla trascendenza, in quanto viene sempre *von oben*, mentre il concetto dell'identità è rigidamente immanente, al punto che «ogni uscita dall'immanenza negherebbe l'identità» [81]. Si pensi in questa chiave alla negazione della fede riposta nell'individuo rappresentante da parte di Rousseau nel momento in cui immagina come attuale e presente la volontà generale. Tuttavia, non solo è da ricordare che lo stesso concetto di popolo come *potestas constituens* è una secolarizzazione del potere attribuito nel medioevo a Dio [82], ma anche che l'introduzione degli elementi personali e rappresentativi, con l'aspetto di *Regierung* che comportano, richiedono un atteggiamento di fiducia (*Vertrauen* dice Schmitt) e di fede nell'unità prodotta, che non sono certo consoni né all'identità intesa nella sua attualità né all'immanenza che dovrebbe esserle propria [83].

[80] *Ibidem*, p. 236 (tr. it., p. 309).

[81] *Ibidem*, p. 237 (tr. it., p. 311).

[82] *Ibidem*, p. 77 (tr. it., p.112).

[83] *Ibidem*, p. 236 (tr. it., p. 309).

L'identità dunque appare in quanto immediata e autosufficiente come non politica, ma anche non pensabile; in quanto è invece pensabile politicamente, è elemento indispensabile della forma politica e di quel processo che la produce che è la rappresentazione. Unica è allora la struttura che emerge in Schmitt e, sia pure con maggior riluttanza, in Leibholz: quella della rappresentazione, che è modo di produzione dell'identità, e nello stesso tempo anche implica il processo di identificazione, e dunque il riconoscimento del popolo come insieme dei cittadini, senza di cui il potere rappresentativo rischierebbe di trasformarsi in semplice governo esercitato da parte di una o più persone in base alle loro qualità e alla forza. La struttura che emerge è quella dell'unità politica quale è stata pensata da una lunga tradizione moderna: è questo concetto che fagocita in sé le distinzioni e impedisce di pensare come separati i due principi. Si pensi, in questa ottica, a quanto ci sia nello scenario del patto di Hobbes – nella nascita della rappresentanza politica da un processo di autorizzazione e da una espressione in cui dalla volontà di tutti nasce la possibilità di esprimere la volontà del popolo, che così si è costituito – di anticipazione di quella identificazione, che comporta scarto, esprimentesi nella democrazia.

3. *Legittimazione del potere e rappresentanza*

La struttura così delineata, in cui la rappresentazione implica l'elemento della identità, rivela un aspetto tipico della moderna scienza politica: la legittimazione del potere intesa come la sua fondazione razionale. Non si tratta qui della legittimazione dello *status quo* o di quella che deriva dal «buon ordine antico», né infine della legittimità che pertiene a un assetto normativo presupposto come valido. Il concetto di legittimità che appare tipico della *Herrschaft* in senso moderno intende spazzare via quelle motivazioni del diritto al governo [84], così come tende ad emar-

[84] *Ibidem*, p. 49 (tr. it., p. 75).

inare e rendere irrilevante una investitura derivante dalla olontà divina. Sembra invece richiedere una giustificazio- ıe razionale legata a un nuovo concetto di potere, che da ına parte comporta, come condizione necessaria per eli- ninare il conflitto, il monopolio della forza, e dall'altra, ı quanto si basa sull'idea dell'uguaglianza degli uomini, eliminazione della differenza e del comando dell'uomo ull'uomo. In altri termini a questo potere è necessaria ına natura tale che non lo renda una istanza altra e op- ›osta alla totalità degli individui che costituiscono il cor- ›o politico [85].

'rattando della legittimità di una costituzione Schmitt la iporta al riconoscimento della *Macht* e della *Autorität* del oggetto del potere costituente, il quale dà forma a quel- esistenza politica che non ha bisogno in quanto tale di ıessuna giustificazione. Ciò significa che non è necessario, na nemmeno possibile, giustificare l'esistenza politica me- liante una norma etica o giuridica [86]. Da questo punto di ista non si può parlare di «legittimità dello Stato» né di legittimità del potere politico» – e le due cose coincido- ıo, in quanto non c'è Stato senza potere statale e iceversa [87] – poiché le leggi e le norme hanno realtà al- interno dello Stato e della sua costituzione, e presuppon- ono perciò quell'esistenza che si dà nella sfera del politi- o. Qui il termine di «legittimità» prende il suo significa- ɔ dall'esistenza della legge e della norma, rischiando di vere il senso limitato della legalità. Ma ciò non significa he non ci sia legittimità nel darsi stesso dell'esistenza po- .tica, qualora il termine sia inteso in senso diverso e pri- ıario nei confronti della legge: si può infatti ben distin- uere l'esercizio della mera forza da una *legitime Herr- chaft*. È questa la strada che porta a incrociare il proble-

[5] Si tenga presente la modificazione del concetto di *Herrschaft*, che si viene ad vere nel moderno, quale è descritta da O. BRUNNER, *Bemerkungen zu den Be- riffen «Herrschaft» und «Legitimität»*, in *Neue Wege*, cit., pp. 64-79, ora tra- lotto in «Filosofia politica», I, 1987, n. 1, pp. 101-120.

[6] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 87 (tr. it., p. 125).

[7] *Ibidem*, pp. 82-83 (tr. it., pp. 127-128).

ma della legittimità con quello della rappresentanza, e ciò è dovuto al fatto che al fondo sta il tema dell'unità politica [88].

Se si guarda alle forme di legittimità relative ai due possibili soggetti del potere costituente, quella monarchico-dinastica, che si basa sull'autorità del monarca, e quella democratica, fondantesi sull'idea che lo Stato è l'unità politica di un popolo, si può notare come ben diverso sia il significato del termine «legittimità» nei due casi e come sia il secondo, che intende lo Stato come «status dell'unità politica di un popolo», a coincidere con il concetto schmittiano di Stato e ad attagliarsi alla moderna scienza dello Stato [89]. È ben vero che l'idea del popolo come potere costituente ci riporta a teorie determinate, che fanno la loro comparsa in tempi più recenti [90], ma è anche vero che è l'unità politica del popolo il concetto che giustifica razionalmente il potere anche nel pensiero di Hobbes, perché è solo mediante il corpo politico unitario che si supera il non razionalmente giustificabile dominio dell'uomo sull'uomo e si realizza l'uguaglianza degli individui. Il potere è allora legittimo in quanto non è una forza esercitata da singoli in quanto tali, ma è la forza di tutto il corpo politico, e chi la usa lo fa rappresentativamente, e proprio a ciò è autorizzato. Da questo punto di vista si può dire che ogni vero governo è tale in quanto rappresenta l'unità politica di un popolo [91].

[88] Su ciò cfr. H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität*, cit., p. 21. Si tenga presente che quando Schmitt distingue e separa i concetti di legittimità e di rappresentazione a proposito della monarchia del XIX secolo, ciò è possibile in quanto la legittimità prende, in questo caso, il suo senso da un riferimento a qualcosa di meramente normativo, mentre la rappresentanza è elemento politico ed esistenziale: perciò si può dire che quando una monarchia è «nient'altro che legittima, è perciò politicamente e storicamente morta» (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 212, tr. it., pp. 279-280).

[89] Si ricordi la definizione che apre la *Verfassungslehre*, secondo cui il termine di costituzione deve essere limitato alla «costituzione dello Stato, cioè all'unità politica di un popolo» (p. 3, tr. it., p. 15).

[90] Schmitt, a proposito del potere costituente, si riferisce a Sieyès. Vedi sopra.

[91] C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 212 (tr. it., p. 281).

Il senso della legittimità democratica sembra avere una estensione assai lata, se lo si intende legato al presupposto dell'unità politica del popolo, e ciò risulta palese se si pensa che il problema non riguarda qui tanto le forme concrete e le procedure in cui il potere costituente del popolo si esercita, ma il presupposto che ne sta alla base, e se si tiene presente che è sempre possibile anche un'approvazione tacita del popolo; non solo, ma che anche «nella mera partecipazione alla vita pubblica determinata da una costituzione» si può vedere manifestarsi la volontà costituente del popolo. «In questo modo il carattere della legittimità democratica può quindi essere attribuito alle più disparate costituzioni, in quanto la si fonda sul potere costituente del popolo, sempre esistente (*vorhanden*), sia pur tacitamente espresso» [92]. Lasciando da parte i problemi sopra trattati relativi all'implicazione di elementi rappresentativi, ciò che appare dominante per la legittimazione è qui l'unità politica e la sua realizzazione mediante il «popolo». In base all'analisi sopra condotta sembra allora di poter dire che, se il fondamento della legittimità è l'unità politica, e questa, essendo qualcosa di esistenzialmente politico e non naturale, implica necessariamente la rappresentazione per il suo prodursi, è quest'ultima a racchiudere in sé il senso della legittimità.

Ciò è espresso con chiarezza da Leibholz, che mostra come la rappresentazione nella sua essenza e nel suo significato esistenziale coincida con la legittimazione [93]. Se è proprio del fenomeno della *Herrschaft* la tensione verso la sua legittimazione, al punto che, potremmo dire, non c'è potere in senso moderno – che non intende cioè basarsi sulla mera forza – se non è legittimato, tale legittimazione riposa proprio sul carattere rappresentativo di colui che detiene ed esercita il potere. Tale nesso è ben messo in evidenza, come ricorda Leibholz, da Max Weber, nella

[92] *Ibidem*, p. 91 (tr. it., p. 129).

[93] Si veda G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., cap. VII, «Die Legitimierung der Repräsentation», pp. 140 ss.

cui teoria del potere si può notare come i diversi tipi del potere, e dunque le diverse forme di legittimazione coincidano con diverse forme di rappresentazione [94]. Infatti, sia che la fede dei rappresentanti riguardi il capo carismatico, sia che si riferisca alla forza della tradizione, o alle regole di un potere legale, in tutti i casi la fiducia nella legittimità del potere coincide con la credenza nel fatto che colui o coloro che esercitano il potere «rappresentano» coloro che sono sottoposti. Solo per questo è possibile che si determini nel rapporto di *Herrschaft* il fenomeno dell'obbedienza, secondo la quale «l'agire di colui che obbedisce si svolge essenzialmente come se egli, per suo stesso volere, avesse assunto il contenuto del comando per massima del proprio atteggiamento – e ciò semplicemente a causa del rapporto formale di obbedienza, senza riguardo alla propria opinione sul valore o sul non valore del comando in quanto tale» [95]. Intendere la volontà di chi comanda come la propria volontà, e non essere quindi costretti dalla forza ad obbedire, altro non è che considerare costui rappresentante, cioè, hobbesianamente, attore delle azioni di cui ci si dichiara autori.

Proprio perciò i problemi di legittimazione sono problemi di rappresentazione, come si può riconoscere in tutte quelle situazioni in cui sia il monarca che la rappresentanza popolare pretendono di rappresentare lo Stato. A questo proposito è significativa la disputa che si ha in Germania nel XIX secolo, in cui gli uomini di Stato della restaurazione monarchica tendono a negare alla rappresentanza popolare il carattere di «Repräsentation des Volks» per riconoscerle piuttosto quella della rappresentanza degli interessi (*ständische Interessenvertretung*) [96].

Per comprendere sia il pensiero di Schmitt che quello di Leibholz bisogna tener presente che la rappresentazione è

[94] *Ibidem*, pp. 142-143; su ciò cfr. G. Duso, *Tipi del potere e forma politica moderna in Max Weber*, di prossima pubblicazione.

[95] Cfr. M. Weber, *Economia e società*, cit., I, p. 209.

[96] Cfr. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 211 (tr. it., pp. 278-279).

un fatto esistenziale, e proprio questa caratteristica permette la distinzione a questo proposito tra legittimità e legalità. Anche per Leibholz la norma costituzionale che designa una o più persone come rappresentanti del popolo non vale se non in quanto c'è una credenza in questa norma da parte dei rappresentati, tale da permettere il prodursi della rappresentazione [97]. Se c'è questa fede, allora legittimità e legalità normativa coincidono, altrimenti viene a mancare la legittimità, che si separa dalla norma e vi si oppone, così come viene a mancare il fatto rappresentativo in quanto tale e ci si trova di fronte ad una rappresentanza solo legale, ad una finzione, ad una *imaginary representation* [98]. Quando ciò avviene e si passa da una vera e reale rappresentazione ad una finzione, cade la legittimazione e si creano le condizioni per la rivoluzione.

Ciò permette di precisare ulteriormente la natura della rappresentazione quale è stata sopra esaminata, in quanto l'idea dell'unità politica che è implicata e il fatto che non si riferisca ad un dato empirico, non comporta il suo essere qualcosa di semplicemente immaginario – quando avviene ciò non c'è più rappresentazione in senso esistenziale –; e se è vero che essa è legata all'elemento giuridico della *fictio*, è anche vero che essa, come fatto esistenziale, trascende l'ambito giuridico formale proprio del diritto e si dà su un piano esistenziale, dove si può produrre scarto tra realtà e diritto [99].

Ma ciò che è più rilevante è il modo in cui interviene l'elemento del popolo e della sua esistenza nella rappresentazione, ed è proprio l'aspetto della legittimità ad evidenziarlo. Infatti un ente rappresentativo, come una Camera del Parlamento, per rappresentare il popolo deve, come dice già Rotteck, raffigurarlo «nella sua natura e verità» [100]: la rappresentanza c'è in quanto il popolo, co-

[97] Cfr. G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 148.

[98] *Ibidem*, p. 157. È quanto avviene nella crisi delle colonie americane, che non si sentono più rappresentate.

[99] «Kontinuierliche Spannung zwischen Recht und Wirklichkeit» (*ibidem*).

[100] *Ibidem*, p. 153.

me insieme dei cittadini, si riconosce in essa e nell'unità che essa produce. Tale espressione del riconoscimento sempre più viene in primo piano e sempre più richiede una manifestazione attiva del popolo che, per sentirsi rappresentato, deve partecipare, in qualche modo, in prima persona alla formazione dell'ente rappresentativo [101]. È proprio la rappresentazione, che pur viene dall'alto, a richiedere questa partecipazione attiva del popolo che, mediante essa, compie allora un movimento di identificazione, realizza la propria identità.

Tuttavia, come già si è visto, Leibholz è riluttante a battere questa via, proprio perché tende a mantenere separati i due principi e vede come forma di espressione democratica del popolo quella problematica forma costituzionale moderna che viene indicata come lo «Stato dei partiti». Questo è inteso come espressione del principio di identità e curiosamente, da un certo punto di vista, come un fenomeno della democrazia diretta [102], o, secondo quanto dirà più tardi, come un fenomeno razionalizzato della democrazia plebiscitaria [103]. Nel testo del '29 egli si limita ad indicare l'opposizione tra la democrazia rappresentativa di stampo liberale, che si basa sul concetto dell'indipendenza del rappresentante, e il tipo diretto di democrazia, che si manifesta nella forma plebiscitaria e in quella dello Stato dei partiti, ponendosi il problema se il principio di identità in una situazione di decomposizione dei partiti [104] sia veramente così radicato nella coscienza popolare da permettere la realizzazione dell'unità tra volontà maggioritaria dei partiti e volontà generale del popolo. Successivamente la sua direzione sarà invece quella di un consolidamento del modello dello Stato dei partiti, tendente a risolvere la contraddizione che si pone tra elemento rappresentativo ed elemento democratico (che sta alla base dei

[101] *Ibidem*, p. 156.

[102] *Ibidem*, p. 118.

[103] Cfr. *Der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, *ibidem*, p. 218.

[104] *Ibidem*, pp. 121-122.

partiti) nelle contemporanee situazioni costituzionali, come si può ad esempio ravvisare negli articoli 38 e 21 della legge fondamentale di Bonn, il primo dei quali richiama il principio della rappresentanza del popolo da parte del deputato libero da ogni vincolo, mentre il secondo riconosce i partiti come soggetti di organizzazione della formazione della volontà politica del popolo.

Eccede l'ambito di questa analisi affrontare il tema della *Partei* e i problemi che essa introduce nella moderna concezione della forma politica, così come quello della coerenza e dei mutamenti dell'itinerario di Leibholz, o quello relativo alla sua convinzione, espressa decisamente nel secondo dopoguerra, che il partito sia il solo organo che può organizzare nel mondo contemporaneo il popolo, risolvendo il dualismo di società e Stato e trasformando la figura del deputato, che verrebbe ad essere vincolato dalle istruzioni e dai mandati che provengono dal partito [105]. A questo proposito si può solo ricordare come possa essere considerato incoerente con l'apparato teorico moderno, che mediante la figura della rappresentazione viene in luce, il fatto che il partito, in quanto raggruppamento particolare, pure se dotato di un'ottica generale che riguarda l'intero Stato, sia inteso come semplice espressione di volontà diretta del popolo, o prolungamento della volontà dei singoli [106]. Ma ciò che sembra utile qui richiamare è l'accenno leibholziano alla negazione da parte di Rousseau della aggregazione particolare, considerata costitutivamente «fazione», e dunque tale da comportare la distruzione dello Stato [107]. Si apre così uno spiraglio per scorgere l'interrogativo che nasce, a partire dall'esistenza del partito, sull'elemento centrale della forma politica mo-

[105] Cfr. *Der Gestaltwandel*, cit., pp. 240 ss.

[106] Cfr. ad es. G. LEIBHOLZ, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, sempre raccolto nella III ed. di *Das Wesen der Repräsentation* che è qui citata, pp. 252-253, dove Leibholz, dopo aver ricordato il problema proprio della fine del XVIII secolo riguardante la possibilità di vincolare o controllare il rappresentante, aggiunge che nulla cambia se al posto degli elettori è il partito a limitare e indirizzare l'azione del deputato.

[107] G. LEIBHOLZ, *Verfassungsrecht*, cit., p. 257.

derna, quello dell'unità (opposto a *Partei*) – motivo questo, come Leibholz spesso ricorda, della opposizione nel XIX secolo da parte dello stato liberale al riconoscimento dei partiti – che si manifesta sia dal lato della rappresentazione che da quello dell'identità, e su cui concordano sia Hobbes che Rousseau, autori che stanno sullo sfondo della riflessione di Leibholz come di Schmitt.

Ciò che appare debole è anche la contrapposizione posta tra partito e forma della rappresentanza, dovuta al fatto che l'elemento di mediazione messo in atto dal partito è considerato come interno alla forma dell'identità. Anche qui ci si trova, sia pure in modo diverso, di fronte alla questione della possibilità di espressione del principio di identità, senza la mediazione della rappresentazione. Tale questione sembra insinuarsi nella stessa consapevolezza di Leibholz, nel momento in cui egli ravvisa il pericolo – che si configura come una constatazione più che come una ipotesi – che i partiti divengano corpi estranei al popolo con finalità proprie e tendenze di potere oligarchico-autoritarie (*oligarchisch-autoritären Herrschaftsformen*) [108]. Di fronte a questo pericolo, o realtà, Leibholz si richiama a un processo di democratizzazione (*Demokratisierung*), che significativamente permetta che la volontà si formi dal basso verso l'alto («von unten nach oben»). Come si può vedere, gli elementi che in questo modo sono introdotti nella dimensione del partito: oligarchia, rapporto di *Herrschaft*, formazione della volontà dall'alto, alterità personale nei confronti del popolo, sono tutti elementi tipici del fenomeno della rappresentazione, che anche qui coinvolge l'elemento democratico espresso dal partito.

Ma è, conclusivamente, alla contraddizione posta tra democrazia rappresentativa e Stato dei partiti che è utile ritornare, in quanto tale contraddizione sembra difficilmente risolvibile e tuttavia si ripresenta, non solo a Weimar, ma anche in molte costituzioni contemporanee [109]. Da una

[108] Cfr. G. LEIBHOLZ, *Der Gestaltwandel*, cit., p. 247, e G. LEIBHOLZ, *Verfassungsrecht*, cit., p. 261.

[109] G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., p. 236.

parte può sembrare che il nesso rappresentanza-unità politica non dia conto della attualità politica quale si mostra nella realtà storica e nelle analisi dei pensatori del primo Novecento, che rivelano una complessità irriducibile all'unità della personalità dello Stato. Dall'altra si assiste però alla riluttanza nei confronti della rinuncia al tema dell'unità politica e alla figura della rappresentanza ad essa collegata. Rinunciare a ciò appare infatti un abbandono della legittimazione propria di quella forma artificiale e prodotta dalla moderna teoria, e alla pretesa di garanzia, di sicurezza e di giustificazione razionale che si esprime nello Stato di diritto. Perciò le costituzioni contemporanee ripetono il ritornello, che ha le sue radici in Hobbes ancora prima che nella Rivoluzione francese, secondo cui il deputato rappresenta il popolo intero. Ma se questo cade, su quali basi può ancora essere possibile la legittimazione del monopolio della forza e il rapporto di obbligazione politica?

«Arbeitsverfassung» ovvero la stella dell'assimilazione

di *Gaetano Vardaro*

1. *Ebraismo e cultura giuridica: la risposta di Sinzheimer al nazismo*

Il primo spunto per il presente lavoro mi è venuto da una semplice constatazione fenomenica: non solo Sinzheimer, ormai unanimemente considerato il «padre del diritto del lavoro tedesco» [1] ed europeo, ma anche la maggior parte dei giuslavoristi raccoltisi attorno a lui nella Germania weimariana erano di origine ebrea: lo erano i suoi due più acuti allievi (Neumann e Kahn-Freund); lo erano studiosi di altre discipline, con cui, però, Sinzheimer fu in stretto contatto (da Erlich, a Heller, a Kirchheimer). Pura coincidenza? Quasi istintivamente ho sentito che poteva trattarsi di qualcosa di più, anche se in nessuno degli autori innanzi ricordati è in alcun modo isolabile un ipotetico «nucleo ebraico», più o meno direttamente riconducibile alla loro comune radice. È nata così l'ipotesi di un lavoro inteso, sì, ad indagare sulle possibili forme di incidenza prodotte da questa radice sul discorso politico-giuridico, sviluppato dai giuslavoristi weimariani, ma senza la pretesa di poter rintracciare dei collegamenti diretti ed immediati. Il fatto stesso che tutti questi giuristi si fossero mossi nell'area dell'ebraismo dell'assimilazione induceva a deporre senz'altro ogni proposito di questo tipo. In quanto espressione anch'essi di quella *westjüdische Zeit*, con cui Kafka identificò «i termini etici ed esistenziali della

[1] O. KAHN-FREUND, *Hugo Sinzheimer*, Introduzione a H. SINZHEIMER, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Frankfurt a.M. 1976, vol. I, pp. 1 ss.; E. FRAENKEL, *Hugo Sinzheimer*, in *Reformismus und Pluralismus*, Hamburg 1973, pp. 131 ss.

condizione dell'ebreo occidentale, senza radici, senza memoria e senza tradizione»[2], questi intellettuali non solo avevano definitivamente interrotto ogni legame diretto con la tradizione ebraica, ma, operando in un ambiente tanto diverso dalla Praga di Kafka, non sentivano neppure «il dovere di ricostruire in se stessi l'unità del tempo storico ritrovando il passato della cultura nazionale ebraica»[3].

Aderendo senz'altro alle posizioni assunte, anche con riferimento alla questione ebraica, dalla socialdemocrazia weimariana, essi avevano in qualche modo fatto proprio quello che più tardi Sartre definirà come l'atteggiamento «democratico» rispetto a tale questione: «non esiste l'ebreo, non esiste l'ebraismo»[4]. Non è casuale il fatto che, ancora durante l'emigrazione in Olanda, poco prima di essere deportato nel campo di concentramento di Theresienstadt, Sinzheimer pubblicherà un volume sui «classici ebrei della cultura giuridica tedesca»[5], il quale può essere considerato un'estrema, ed ormai disperata, conferma di tale atteggiamento. Pur presentando nell'impianto qualche assonanza con i *Noms Propres* di Levinas (nel senso che è, al pari di quest'ultimo, costruito da una serie di riflessioni su autori di matrice ebraica)[6], il volume di Sinzheimer costituisce, per ispirazione e conclusioni, l'esatto contrario di quest'ultimo: mentre lo sforzo di Levinas è quello di esaltare la comune matrice ebraica degli autori considerati, individuando come loro tratto unificante una costante ed incessante ricerca dell'a l t r o[7], l'obbiettivo di Sinzheimer è, al contrario, quello di negare non solo l'isolabi-

[2] G. Baioni, *Kafka: letteratura ed ebraismo*, Torino 1984, p. 4.

[3] *Ibidem*. Più in generale sugli ebrei praghesi di lingua tedesca cfr. M. Brod, *Il circolo di Praga*, Roma 1983.

[4] J. P. Sartre, *L'antisemitismo*, Torino 1982, p. 41.

[5] H. Sinzheimer, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Amsterdam 1938 (rist. Frankfurt a.M. 1953).

[6] E. Levinas, *Nomi propri*, Casale Monferrato 1984.

[7] Esemplari in questo senso i saggi su Buber e Jabès, rispettivamente pp. 21 ss. e 77 ss.

lità di giuristi come Jellineck, Goldsmith, von Stein, Erlich e Lotmar dal contesto culturale e politico del loro tempo, ma anche l'individuabilità nella loro produzione di un qualche *jüdischer Geist*. Vero è che a tali conclusioni Sinzheimer veniva spinto innanzitutto dall'esigenza di controbattere alle conclusioni raggiunte nel convegno sullo *Judentum nella scienza giuridica tedesca*, promosso a Berlino nell'ottobre del '36 dal *nationalsozialistischer Rechtswahrerbund*; ma è vero, pure, che l'opera di Sinzheimer aspira a porsi come una più generale riflessione, destinata a trascendere la specificità del momento storico in cui era stata posta in essere. Ed infatti, nel contestare le posizioni assunte da Carl Schmitt al convegno berlinese, Sinzheimer non si limita a denunziare l'assurdità dell'accusa da questi rivolta ai giuristi ebrei: quella di costituire «ein Maskelwechsel von demonischer Hintergründigkeit». Dopo aver opportunamente evidenziato come al contrario proprio l'opera di Schmitt riveli fortissime spinte irrazionalistiche [8], Sinzheimer, volendo dare al proprio discorso un carattere non contingente, finirà col negare l'esistenza stessa di uno *jüdischer Geist*: cosicché, pur ritrovando come tratto comune agli autori esaminati uno spiccato senso critico, egli finirà con l'escludere che questa, o altre caratteristiche generalmente riscontrate negli stessi autori (l'individualismo, la diffidenza per ogni dommatismo, la propensione all'empirismo) possano essere ricollegate alla loro radice ebraica. Esse sarebbero solo espressione di più generali tendenze presenti nella scienza giuridica tedesca, per modo che «der Geist der jüdischen Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft ist einfach wissenschaftlicher Geist» [9].

[8] H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker*, cit., pp. 245 ss. Il brano di Schmitt è riportato per esteso a p. 4 dello stesso volume. I testi di Schmitt, che Sinzheimer usa per contestargli elementi irrazionalistici, sono da un lato *Romanticismo politico*, Milano 1981 e dall'altro *Hugo Preuss. Sein Staatsbegriff in der deutschen Staatslehre*, Tübingen 1930.

[9] H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker*, cit., p. 244.

2. *Vestjüdische Zeit e diritto del lavoro nella repubblica di Weimar*

Proprio queste conclusioni possono costituire un utile punto di partenza per un'indagine che si proponga di verificare se ed in che misura l'origine ebraica dei giuslavoristi weimariani ha condizionato in qualche modo la loro produzione scientifica e politica. Innanzitutto tali conclusioni saranno contraddette dalle posizioni assunte a questo specifico riguardo dagli allievi di Sinzheimer, i quali, da Kahn-Freund a Neumann, sottolineeranno concordemente, nel corso dell'emigrazione (rispettivamente in Inghilterra e negli Stati Uniti), la rilevanza della loro origine ebrea con riferimento ad almeno due aspetti della loro produzione scientifica: l'adozione di un metodo d'indagine storico-comparativo e l'attitudine critica «accentuate o forse più che accentuate dal fatto di appartenere ad una minoranza discriminata» [10]; l'assunzione di un particolarissimo metodo positivistico (in senso logico, prima che giuridico), perennemente in bilico fra «tradizione e rinnovamento» [11]. Inoltre, proprio le specifiche conclusioni, raggiunte da Sinzheimer nel volume innanzi ricordato, risultano essere, a dispetto di quanto possa apparire a prima vista, esse stesse rivelatrici del persistente condizionamento esercitato dall'origine ebrea sul pensiero di quest'autore. Esse dimostrano, infatti, quanto Sinzheimer avesse continuato, ancora durante l'emigrazione, a rimanere legato a quello che Veblen ha definito come l'atteggiamento tipico dell'ebreo assimilato nella Germania prenazista: questi deve negarsi, per poter essere accettato [12]. Negare l'esistenza di uno *jüdischer Geist* nella cultura giuridica tedesca significava, in fondo, confermare quella negazione del proprio «essere ebreo» che aveva contrassegnato l'at-

[10] O. KAHN-FREUND, *Postscript a Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, Oxford 1981, p. 197.

[11] O. KAHN-FREUND, *Le relazioni sindacali: tradizione e rinnovamento*, in «Giornale di diritto del lavoro», 1980, pp. 413 ss.

[12] T. VEBLEN, *The Intellectual Preeminence of Jews in Modern Europe*, in *Essay in Our Changing Order*, New York 1964.

teggiamento di questi giuristi durante la repubblica di Weimar. Ma così come quest'ultima negazione celava un'intima, ancorché inconsapevole, ammissione del peso esercitato da questa condizione sulle esperienze intellettuali ed umane di questi giuristi, analogamente il volume di Sinzheimer in qualche modo nascondeva il segreto riconoscimento dell'enorme peso avuto dallo *Judentum* sulla cultura giuridica tedesca: solo che in entrambi i casi questo peso era stato tutto indiretto e trasversale, ed era perciò destinato ad apparire tanto maggiore, quanto più intenso era lo sforzo di negarlo.

Sarà, a questo riguardo, opportuno sottolineare come l'atteggiamento di negazione del proprio «essere ebrei», in quanto tipico dell'ebreo assimilato, anche quando non sfocia in quello *Selbsthass*, propria di certo antisemitismo alla Weininger, è già in via generale sotteso dalla segreta ammissione della peculiarità della propria condizione umana: esso non solo presuppone, sia pure al solo fine di superarla, una situazione almeno sociale di «diversità», ma, soprattutto in certi casi di *Überassimilation*, costituisce «il rovescio patologico della fiducia in sé medesimi, con la quale gli ebrei tedeschi facevano valere la propria identità tedesca» [13]. L'ambivalenza di quest'atteggiamento è poi destinata ad accentuarsi in un ambiente almeno tendenzialmente antisemita, qual era già la Germania prenazista [14], perché qui l'ebreo assimilato (o, più esattamente, alla ricerca di assimilazione) è condannato a vivere due volte il dramma della propria esclusione: una prima volta nella società, ove in vario modo vengono frustrate le sue istanze di assimilazione; una seconda volta nella pro-

[13] G. GAY, *Freud, Jews and Other Germans: Masters and Victims in Modernist Culture*, New York 1979, cui fa riferimento indirettamente anche F. MASINI, Introduzione a GRUNFIELD, *Profeti senza onore*, Bologna 1986, pp. 7 ss. Più in generale, cfr G. SCHOLEN , *On Yews and Judaism in Crisis*, edited by W. J. DANNHAUSER, New York 1976.

[14] Basterà ricordare solo l'episodio delle aggressioni subite da Sinzheimer da parte di studenti, citato da W. ABENDROTH, *Ein Leben in der Arbeiterbewegung*, Frankfurt a.M. 1976, pp. 19 ss. e ricordato anche da F. L. NEUMANN, *Emigrazione intellettuale e scienze sociali. Appendice* a *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna 1983.

pria coscienza, ove egli deve negare non solo il suo «essere ebreo», ma anche il suo bisogno di «sentirsi parte» della società in cui si trova a vivere, perché l'ammissione di tale bisogno implicherebbe già il riconoscimento di una situazione di esclusione. La strada dell'assimilazione rimane, in questi casi, inevitabilmente segnata da questa ambivalenza, la quale finisce col condizionare interamente l'esistenza di chi si trova a percorrerla: non solo il destino personale, ma anche quello scientifico ed intellettuale, possono rimanerne compromessi. Almeno questo è quanto sembra essere avvenuto ai giuristi qui considerati, la cui esperienza weimariana (non solo personale, ma anche politica e scientifica) fu fortemente caratterizzata da quest'ambivalenza. La scelta dell'assimilazione non solo li condannò ad una vera e propria frattura esistenziale, di cui alcuni di essi andranno prendendo coscienza solo nel corso dell'emigrazione [15], ma finì in qualche modo col proiettare questa frattura anche sulla loro attività politico-giuridica. Quest'ultima, infatti, da un lato diventò la sede in cui riaffermare la loro scelta di negazione del proprio «essere ebrei», ma, dall'altro lato, rappresentò il piano di proiezione e di sublimazione di tensioni che attraversavano la loro vita quotidiana. In questo senso anche il loro modo di «essere giuristi» finì con l'essere indelebilmente segnato dal loro «essere ebrei».

Esemplare, a questo riguardo, il modo in cui questi «giuristi *ed* ebrei» finirono col condividere (e per certi versi con l'esasperare) uno dei postulati classici della tradizione giuridica tedesca: quel concetto di «unità (almeno politica) di popolo», inteso come essenza dello stesso «stato sociale», uscito dalla rivoluzione del '18. Questo postulato viene qui ripreso in termini che si prestano al tempo stesso ad essere letti come riaffermazione dell'inesistenza (o quanto meno dell'irrilevanza) delle differenze presenti nel-

[15] F. L. NEUMANN, *Emigrazione intellettuale e scienze sociali*, cit., pp. 419 ss. Più in generale H. STUART HUGHES, *Da sponda a sponda. L'emigrazione intellettuale degli intellettuali europei e lo studio della società contemporanea*, Bologna 1977.

la società (ivi comprese quelle di tipo razziale-religioso), e come proiezione di quel bisogno di assimilazione, che era ancora destinato a rimanere frustrato sul piano sociale ed esistenziale.

Vero è che questo recupero del concetto di *Volksgemeinschaft* fu in larga misura comune alla maggior parte della cultura giuridica, legata agli ambienti della socialdemocrazia weimariana (almeno di quella maggioritaria), e costituì, perciò, uno dei principali bersagli delle critiche «da sinistra» rivolte ai costituzionalisti socialisti degli anni '20 e alla loro tendenziale dipendenza culturale da modelli concettuali di segno antidemocratico [16]. Ma è vero, pure, che negli autori qui considerati questo recupero sembra assumere ulteriori e ben più complessi significati, se è vero che proprio questi giuristi avevano nei loro primi scritti esplicitamente denunziato l'insanabilità della *Spannung* circolante fra i diversi componenti (individuali e collettivi) di questa «comunità» [17]. Se anche questi autori finirono più tardi col condividere la tendenza a configurare lo stato sociale come *Gemeinschaft*, estendendola addirittura all'interpretazione dei rapporti endoaziendali, ciò dipese da ragioni almeno parzialmente diverse da quelle generalmente addotte con riferimento al dibattito costituzionalpubblicistico. D'altra parte, anche quando sopraggiunse, l'adesione dei giuslavoristi a questi orientamenti fu non solo perplessa (oltreché tardiva), ma anche anomala: essi, da un lato, non esitarono a sovrapporre modelli concettuali fra loro diversi e spesso contrastanti, che andavano dal concetto di «omogeneità sociale» di Heller [18] all'*Inte-*

[16] In tema cfr. da ultimo W. LUTHARDT, *Sozialdemokratische Verfassungstheorie in der Weimarer Republik*, Opladen 1986.

[17] Questo mutamento, almeno con riferimento all'opera di Sinzheimer, è esplicitamente evidenziato da E. FRAENKEL, *Hugo Sinzheimer*, cit.

[18] Sul concetto di «omogeneità sociale» nell'opera di Heller cfr. per tutti *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren*, hrsg. von C. MÜLLER - I. STAFF, Frankfurt a.M. 1985. Sulle influenze sui giuslavoristi insiste in particolare A. BOLAFFI, *Verfassungskrise und Sozialdemokratie*, *ibidem*, pp. 64 ss., anche se con particolare riferimento a Fraenkel. Per una diretta verifica dell'influenza di questa sulla scuola di Sinzheimer si veda F. L. NEUMANN, *Il significato sociale dei diritti*

grationslehre di Smend [19], fino al decisionismo schmittiano, qui recuperato (a differenza che in Kirchheimer) [20] in chiave affermativa, di riconoscimento, anziché di negazione del contenuto decisionale del compromesso costituzionale [21]; dall'altro lato essi stabilirono schematiche equazioni fra società ed azienda, trasferendo disinvoltamente a quest'ultima taluni dei più significativi risultati dell'indagine costituzionalista [22]. Tant'è vero che i termini del dibattito assunsero nei discorsi dei giuslavoristi non solo una colorazione accentuatamente giussociologica (Sinzheimer ed i suoi allievi furono notevolmente influenzati dalla *Grundlegung* erlichiana) [23], ma anche un taglio accentuatamente istituzionalistico, che li portò a recuperare alcuni dei capisaldi della tradizione giuridica tedesca.

Analogamente, nell'interpretazione (e, almeno per quanto

fondamentali nella costituzione di Weimar, in *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 121 ss. (e soprattutto p. 151, ove si identifica proprio nella «omogeneità sociale il sostrato di ogni vera democrazia»).

[19] Su cui cfr. C. ROEHRSSEN, *La "Intergrationstheorie" di Rudolf Smend: un sintomo significativo della patogenesi del nazismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XII, 1982, pp. 117 ss. ed in senso meno critico U. POMARICI, *La teoria dell'integrazione in Rudolf Smend*, in «Democrazia e diritto», XXIII, 1982, pp. 109 ss. Benché implicitamente presente già nell'opera di Sinzheimer, la *Integrationstheorie* viene esplicitamente invocata solo da F. L. NEUMANN, *Libertà di coalizione e costituzione*, in *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 141 ss., ma già in F. L. NEUMANN, *Il significato sociale*, cit. Anche in questo caso, come già nei confronti di Heller, il riferimento risulta essere alquanto strumentale alla proposta ricostruttiva operata da Neumann, e perciò in larga misura improprio.

[20] Cfr. A. BOLAFFI, *Il dibattito sulla costituzione e il problema della sovranità*, Introduzione a O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano*, Bari 1982, pp. XI ss.

[21] Manca un'indagine specifica sull'influenza esercitata da Schmitt sulla giuslavoristica weimariana: utili, anche qui, gli spunti presenti nell'opera di Neumann (cfr. soprattutto *Libertà di coalizione*, cit.). Vale comunque la pena di ricordare che lo stesso Schmitt riserverà un'accoglienza piuttosto favorevole all'interpretazione offerta da Neumann (oltre che nel saggio appena citato, già in *Il significato sociale*, cit.) della funzione politico-sociale dei diritti fondamentali: cfr. C. SCHMITT, *Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung*, ora in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin 1958.

[22] H. SINZHEIMER, *Das Rätesystem*, Frankfurt a. M. 1919.

[23] Oltre al saggio su Erlich pubblicato in H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker*, cit., pp. 187 ss. si vedano i saggi di sociologia del diritto di Sinzheimer, ripubblicati nel secondo volume di *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, cit.

riguarda Sinzheimer, nell'ideazione) dei diritti fondamentali riconosciuti nella seconda parte della costituzione del '19, essi finirono con l'enfatizzare più l'aspetto «affermativo» (dell'integrazione della società nello stato) anziché quello «negativo», di difesa di una sfera di libertà (individuale e collettiva) del cittadino, inviolabile da parte dello stato. Sia pure nell'apprezzabilissimo intento di affermare le distanze fra il costituzionalismo «sociale» di Weimar ed il tradizionale costituzionalismo «liberale», essi stessi finirono con l'attenuare il significato «antidiscriminatorio» dei diritti fondamentali, e segnatamente di quello di uguaglianza [24].

L'ipotesi che qui intendiamo avanzare è che anche questi atteggiamenti possono essere ricondotti a motivazioni che potrebbero definirsi di «teologia politica», sia pure in un senso assai diverso da quello assegnato a quest'espressione da Carl Schmitt: anch'essi, cioè, rinviano alla peculiarità del modo di essere «giuristi *ed* ebrei» di questi intellettuali. Se già l'impiego in chiave giussociologica del dibattito costituzionale può essere significativo, non solo per il costante riferimento ad Erlich (egli stesso ebreo ed ancor più esplicitamente condizionato nella sua produzione da questa radice) [25], ma anche per la tendenza a configurare il diritto statale come mera formalizzazione di prassi e consuetudini (dietro la quale non è difficile cogliere l'eco delle concezioni tradizionalistiche del diritto proprie della cultura ebraica) [26], è nelle categorie ricostruttive prescelte (da quella di «omogeneità sociale» a quella di «integrazio-

[24] Su questo tema cfr. T. RAMM, *Die Arbeitsverfassung der Weimarer Republik*, in *In memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, München 1980, pp. 227 ss. (di cui è annunziata una traduzione italiana in T. RAMM, *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*, Milano, presso Giuffrè). Più spiccatamente sui diritti fondamentali, cfr. già F. L. NEUMANN, *Il significato sociale*, cit.

[25] Cfr. A. FEBBRAJO, Introduzione a E. ERLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano 1976.

[26] D'obbligo il rinvio a questo riguardo alla nota polemica Erlich-Kelsen, sviluppatasi sull'«Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», e di cui è annunziata, a cura di Febbrajo, una prossima traduzione italiana per i tipi di Giuffré.

ne materiale») che è dato cogliere meglio e più chiaramente la particolarità del modo in cui il loro «essere ebrei» condizionò il loro «essere giuristi». Proprio tali categorie, che nelle intenzioni di questi autori avrebbero dovuto servire a recidere ogni collegamento diretto con la loro comune radice ebraica, finiscono, in realtà, col rivelare un aspetto centrale della loro condizione: il bisogno di «sentirsi parte» di una società che continua in larga misura a respingere le istanze di assimilazione della minoranza ebraica e la conseguente tendenza a trasferire sul piano giuridico questo bisogno, nella fiduciosa speranza di poter soddisfare su questo piano quel bisogno che continuava a rimanere frustrato sul piano della loro esperienza quotidiana. In questo senso la radice ebraica dei giuslavoristi weimariani e soprattutto il loro contraddittorio atteggiamento rispetto ad essa (di formale rimozione, ma di sotterraneo condizionamento) può offrire non solo un'ulteriore chiave di lettura della loro opera, ma può contribuire altresì a comprendere meglio le ragioni ed i modi attraverso cui essi in certo senso contribuirono a segnare il destino della repubblica e quello personale di ciascuno di essi.

3. *«Innocenza politica» e «metodo riproduttivo» nei giuslavoristi weimariani*

Da questo punto di vista, è l'opera di Sinzheimer quella che rivela meglio il condizionamento esercitato sull'attività politico-giuridica dei giuslavoristi weimariani dalla loro complessa condizione di ebrei assimilati, o più esattamente alla ricerca di assimilazione. Innanzitutto egli fu, oltreché l'indiscusso caposcuola di questo gruppo di giuristi, il fondamentale ispiratore del modello giuslavoristico weimariano, fin dalla fase costituente, per modo che nella sua opera è più esplicitamente evidenziata l'influenza esercitata da questi «giuristi *ed* ebrei» sullo stesso sistema politico-giuridico della repubblica tedesca. È, infatti, proprio nell'opera di Sinzheimer che è dato cogliere più chiaramente quell'innocenza politica, definita da Hannah

Arendt, come peculiare dell'approccio dell'ebreo assimilato con i problemi della politica e dello stato [27]: proprio a causa del maggior grado di coinvolgimento nella strategia politica della socialdemocrazia maggioritaria, egli fu, fra i giuristi qui considerati, quello più direttamente coinvolto nel processo di trasformazione degli *outsiders* in *insiders*, che, secondo Peter Gay, caratterizzò il rapporto fra politica ed intellettuali durante la repubblica di Weimar [28].

Inoltre Sinzheimer fu colui che, anche nella sua produzione scientifica, rivelò più chiaramente fin dal periodo preweimariano alcune caratteristiche peculiari del modo di «essere giuristi» di questi intellettuali ebrei. È per es. nei suoi scritti che è dato cogliere con maggiore evidenza quel carattere «riproduttivo» che, secondo Wittgenstein, è peculiare dello spirito ebraico. L'ebreo, infatti, secondo il filosofo austriaco, dovendo «fondare la propria causa su nulla . . . proprio perché non ha nulla» [29], si trova nell'impossibilità di «dar luogo ad un nuovo corso di idee» [30] e può solo «riprodurre» quelle preesistenti, rielaborandole e decantandole attraverso un'incessante attività di connessione e di comparazione. Questa definizione si adatta perfettamente alla produzione sinzheimeriana, che spaziò entro uno spettro amplissimo di modelli giuridici e politici, che andavano dal *Kathedersozialismus* al socialismo lassalliano, fino all'istituzionalismo gierkiano, al giussociologismo (erlichiano-kleiniano, più che weberiano), al funzionalismo renneriano. Orbene, benché Fraenkel abbia autorevolmente sottolineato la riconducibilità di quest'aspetto dell'opera di Sinzheimer ad una sua certa dipendenza dalla tradizione giuridica dell'Ottocento [31], anche quest'aspetto può essere in qualche modo ricondotto alla matrice

[27] H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, vol. I: *L'antisemitismo*, Milano 1978, p. 35, e più generalmente W. E. MOSSE, *Juden im Wilhelminischen Deutschland 1890-1914*, Tübingen 1976.

[28] P. GAY, *La cultura di Weimar*, Bari 1978, pp. 17 ss.

[29] L. WITTGENSTEIN, *Pensieri diversi*, Milano 1980, p. 45.

[30] *Ibidem*, p. 46.

[31] E. FRAENKEL, *Hugo Sinzheimer*, cit.

ebraica e a quello spirito «riproduttivo», innanzi ricordato. Ciascuno dei modelli impiegati viene, infatti, integralmente rielaborato da Sinzheimer e quasi reinventato: così, in quello che è stato il maggior contributo teorico di Sinzheimer (*Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, pubblicato in due volumi fra il 1906 ed il 1908)[32], la *Genossenschaftstheorie* di Gierke, il gildismo di Brentano ed i primi studi di Lotmar sul contratto collettivo vengono fusi in una reinterpretazione della contrattazione collettiva, di cui Sinzheimer non esita a parlare come del più clamoroso esempio di «diritto vivente», contrapponibile a quello statale, formalizzato in legge ed applicato dalla giurisprudenza, fino a configurarlo come esempio di vera e propria *soziale Selbstgesetzgebung*[33]. Analogamente, con riferimento al contratto individuale di lavoro, Sinzheimer, richiamandosi, da un lato, a Renner e, dall'altro, a Marx e a Weber, lo configurerà non solo come un *Konnexinstitut* della proprietà, ma anche come un particolare tipo contrattuale in cui il carattere dello scambio (di cui egli sottolineerà il significato razionale, in senso weberiano) coesiste con l'esercizio della *Diktaturgewalt* del proprietario dei mezzi di produzione sul venditore di mera forza-lavoro[34].

L'atteggiamento «riproduttivo», avverte, però, Wittgenstein, funziona se ed in quanto non si confonda «la qualità propria dell'opera ebraica con quella dell'opera non ebraica»[35], ovvero, detto in termini più semplici, se ed in quanto l'attività «riproduttiva» non si risolva nell'attribuzione all'opera riprodotta di scelte ed opzioni, autonomamente operate dal riproduttore. Orbene, come avrebbe potuto la riproduzione sinzheimeriana non comportare queste sovrapposizioni? In un giurista, come Sinzheimer,

[32] H. SINZHEIMER, *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, Leipzig 1906-1908 (rist. Berlin 1977).

[33] Questo tema si trova ampiamente sviluppato in H. SINZHEIMER, *Ein Arbeitstarifgesetz*, Leipzig 1913 (rist. Berlin 1977).

[34] Cfr. H. SINZHEIMER, *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, in E. FRAENKEL - O. KAHN-FREUND - K. KORSCH - F. L. NEUMANN - M. SINZHEIMER, *Laboratorio Weimar*, Roma 1982, pp. 53 ss.

[35] L. WITTGENSTEIN, *Pensieri diversi*, cit., p. 46.

in cui la rilevanza dell'essere ebreo è negata alla radice, inevitabilmente l'attività riproduttiva doveva comportare non solo qualche forzatura interpretativa dei modelli impiegati, ma anche qualche attribuzione a questi ultimi di scelte e soluzioni adottate dall'interprete. Così, ad es., già nella fase preweimariana della sua produzione scientifica, Sinzheimer si attirò più d'una critica: da parte di Gierke, per il modo in cui l'istituzionalismo veniva applicato alla contrattazione collettiva, configurata come attività normativa non solo proveniente da due distinti centri di volontà, ma anche a carattere prestatale [36]; da parte di Brentano, per il modo in cui il progetto di politica legislativa proposto da quest'ultimo veniva recuperato non più in vista di una strategia di razionalizzazione e di esaltazione dell'immagine titanica del moderno *Unternehmer* [37], ma in una prospettiva *subsidiär*, di sostegno all'organizzazione sindacale dei lavoratori e della loro attività [38]; da parte di Renner, il cui metodo funzionalistico, originariamente proposto come un metodo d'indagine saldamente ancorato ai principi normativistici della *reine Rechtslehre* kelseniana [39], veniva riutilizzato da Sinzheimer e dai suoi allievi in una prospettiva d'indagine, di stampo prevalentemente antinormativista [40].

È vero che, proprio grazie a queste multiple contamina-

[36] Cfr. H. SINZHEIMER, *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, cit., nonché dello stesso, *Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht*, in *Arbeitsrecht*, vol. I, cit., pp. 402 ss. Ma in tema si vedano le osservazioni critiche di O. VON GIERKE, *Die Zukunft des Tarifvertrages*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 1916-17, pp. 814 ss. (che costituisce una recensione dell'*Arbeitstarifgesetz* di Sinzheimer).

[37] Cfr. H. SINZHEIMER, *Zum 70. Geburtstag Lujo Brentano*, in *Arbeitsrecht*, vol. I, cit., pp. 375 ss.

[38] In tema mi permetto di rinviare al mio *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in «Politica del diritto», XVII, 1986, pp. 75 ss., ma spunti in questo senso già in M. CACCIARI, *Razionalizzazione e pensiero negativo*, Venezia 1977, pp. 13 ss.

[39] Cfr. A. AGNELLI, Introduzione a K. RENNER, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, Bologna 1981, pp. 7 ss.

[40] Cfr. O. KAHN-FREUND, Introduzione a K. RENNER, *The Institutions of Private Law and their Social Function*, London 1949, pp. 11 ss.

zioni concettuali, Sinzheimer riuscì a porre quelle che egli definì le premesse per la fondazione del diritto del lavoro come autonomo ramo del sapere giuridico, sganciandolo così definitivamente dal rimorchio del diritto privato [41], nonché le condizioni per quell'impiego del diritto del lavoro come strumento di azione politica, che egli stesso contribuirà a realizzare nella prima fase della repubblica di Weimar [42]. Ma è vero, pure, che, così facendo, egli contribuì altresì a proiettare quel contraddittorio atteggiamento assunto nei confronti della sua condizione di ebreo (di rifiuto formale del problema, ma di condizionamento sotterraneo) sia su uno specifico campo del sapere giuridico che sulla stessa esperienza politico-giuridica della repubblica di Weimar.

A questo riguardo, non si può, infatti, fare a meno di riconoscere che il modello ricostruttivo proposto da Sinzheimer era percorso da spinte direzionali contrapposte che spesso finivano col paralizzarlo. E benché l'accusa che più insistentemente gli fu rivolta fu quella di aver «retrocesso il diritto del lavoro da un piano tecnico-giuridico ad uno feueilettonistico-sociologico» [43], il vero limite dell'opera scientifica di Sinzheimer fu quello di aver inserito l'intuizione del carattere realistico-pragmatico di questo ramo del diritto in una tradizione di pensiero di segno persistentemente antirealistico. Questa sospensione fra tradizione e rinnovamento condizionò negativamente non solo il modello ricostruttivo, proposto da Sinzheimer, ma la stessa esperienza politico-giuridica della socialdemocrazia weimariana [44]. Di qui non solo la disinvolta oscillazione del discorso sinzheimeriano fra metodologie e schemi talvolta contrastanti, ma anche certe, altrimenti incom-

[41] Mi permetto di rinviare al mio *Il diritto del lavoro nel "laboratorio Weimar"*, Introduzione a E. FRAENKEL e altri, *Laboratorio Weimar*, cit., pp. 7 ss.

[42] D'obbligo il rinvio a G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, Torino 1978.

[43] W. KASKEL, Recensione a H. SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, in «Recht und Wirtschaft», 1922, pp. 70 ss.

[44] Cfr. T. RAMM, *Die Arbeitsverfassung*, cit., il quale trova già affermati nel periodo bismarckiano taluni principi del diritto del lavoro weimariano.

prensibili inversioni di tendenza, operate dal giurista tedesco, già anteriormente all'avvento della repubblica. Così, pur avendo inizialmente enfatizzato il carattere originario-prestatale dell'organizzazione sindacale e della contrattazione collettiva, egli non esiterà più tardi ad elaborare un progetto di *Arbeitstarifgesetz*, incentrato, da un lato, sull'inclusione delle organizzazioni sindacali fra i soggetti collettivi incaricati della rifondazione sociale dello stato postliberale e, dall'altro, sul riconoscimento giuridico del contratto collettivo, ma non anche di quelle sanzioni sociali, che egli stesso aveva affermato essere gli unici strumenti idonei a garantire l'applicazione delle norme collettive [45]: un progetto, questo, che, essendo stato quasi testualmente recepito nella *Tarifvertragsordnung* del '18, diventerà l'asse portante della legislazione sindacale della repubblica. Analogamente, pur avendo inizialmente riconosciuto una generale dipendenza del rapporto di lavoro dall'economia, egli non esitò a proporre un'ipotesi di «democratizzazione» del primo, indipendentemente da un'effettiva democratizzazione della seconda [46], e ad affermare un *Betriebsrätemythos*, in cui i consigli d'azienda venivano formalmente configurati come «partner contrattuali dell'imprenditore e dotati di pari diritti e doveri» [47], ma di fatto venivano solo corresponsabilizzati in scelte non meno unilateralmente decise dall'imprenditore [48]. Infine, dopo aver affermato l'irriducibilità dell'*Arbeitsvertrag* nella più generale categoria del *Dienstvertrag* e la matrice essenzialmente «industriale» di questa tipologia contrattuale, egli in primo luogo si batterà per quella «universalizzazione» delle tutele, originariamente conquistate dai soli-

[45] Il testo può essere letto in appendice a H. SINZHEIMER, *Ein Arbeitstarifgesetz*, cit., pp. 213 ss.

[46] H. SINZHEIMER, *La democratizzazione*, cit.

[47] Sulla configurazione dei «Betriebsräte» come «gleichberechtigte Vertragspartner» cfr. H. SINZHEIMER, *Das Rätesystem*, Frankfurt a.M. 1918.

[48] Cfr. per tutti E. FRAENKEL, *Rätemythos und soziale Selbstbestimmung*, in *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart 1972, p. 75.

Arbeiter dell'industria [49]. Sarà inoltre egli stesso a proporre un codice del lavoro, inteso ad attenuare non solo le differenze fra lavoro operaio e lavoro impiegatizio, ma anche quelle fra lavoro industriale e lavoro agricolo, da un lato, e quelle fra impiego pubblico ed impiego privato, dall'altro [50].

4. *I soggetti della stella dell'assimilazione*

Sui limiti e, per molti versi, sulla contraddittorietà del disegno politico-giuridico perseguito da Sinzheimer e, sia pur non senza opportune prese di distanza, da parte dei suoi allievi, si è avviata negli ultimi anni una riflessione critica, sia in sede di dibattito storico-politico, sia in sede più strettamente giuridica [51]. Ciò ha consentito di evidenziare non solo una certa dipendenza culturale dalla tradizione giuridica ottocentesca, ma anche una certa frattura nell'elaborazione del giurista tedesco, più o meno direttamente riconducibile al momento del suo più diretto coinvolgimento nella elaborazione della strategia politico-giuridica della socialdemocrazia maggioritaria [52]. Questo tipo di rilievi critici, spesso anticipati da una serie di tempestivi (e talvolta folgoranti) spunti offerti dagli stessi allievi di Sinzheimer [53], se, da un lato, hanno consentito un più disincantato approccio con la storia della repubblica, dall'altro lato, hanno prodotto (talvolta inconsapevolmente) una sorta di ricaduta nella prospettiva *kulturgeschichtlich*,

[49] Su quest'universalizzazione come caratteristica della strategia politico-giuridica socialdemocratica cfr. K. RENNER, *Die Arbeitsverfassung der Revolution*, in «Der Kampf» 1929, pp. 11 ss.

[50] Cfr. H. SINZHEIMER, *Der Kampf um das neue Arbeitsrecht*, in *Arbeitsrecht*, cit., vol. I, pp. 91 ss.

[51] Cfr. per tutti E. COLLOTTI, *Tendenze recenti della storiografia sulla repubblica di Weimar*, in *Weimar*, a cura di L. VILLARI, Bologna 1978.

[52] Significativo in questo senso H. SINZHEIMER, *Völkerrechtsgeist*, in *Nach dem Weltkrieg*, Leipzig 1917.

[53] Cfr. E. FRAENKEL, *Rätemythos*, cit., ma già in E. FRAENKEL, *Dieci anni di legge sui consigli d'azienda*, in *Laboratorio Weimar*, cit., pp. 105 ss.

propria dello storicismo tedesco [54]. Questi rilievi, infatti, hanno avuto, sì, il merito di liberare il dibattito sulla crisi di Weimar dalle spiegazioni esclusivamente economicisti-co-strutturali, che, insistendo sui mutamenti intervenuti nella fase cosiddetta di stabilizzazione della storia della repubblica, tendevano a sottovalutare il condizionamento esercitato sugli esiti di quest'ultima dall'ingenuità e per certi versi dalla contraddittorietà del disegno politico-giuridico, sottostante le origini stesse della «repubblica incantata». Ma questi stessi rilievi, insistendo sul fatto che la morte della repubblica era in qualche modo annunziata dalla carta costituzionale e dai suoi ideatori, hanno finito talvolta col dare un'immagine non solo semplificata, ma addirittura fuorviante della vicenda weimariana. Infatti, anche ammettendo che un peso decisivo sugli esiti di quest'ultima sia assegnabile ai limiti della strategia politico-giuridica della socialdemocrazia maggioritaria e degli intellettuali ad essa più vicini, rimarrebbe pur sempre da spiegare il perché di questi limiti e soprattutto di quella pur indiscutibile dipendenza culturale da modelli concettuali di stampo inequivocabilmente antidemocratico, o quantomeno conservatore.

Proprio con riferimento a quest'ordine di interrogativi, l'ipotesi qui avanzata (quella di un sotterraneo e spesso contraddittorio condizionamento esercitato dalla posizione di ebreo assimilato sull'opera politico-giuridica della maggior parte degli intellettuali vicini alla socialdemocrazia weimariana) può rivelarsi di una qualche utilità. Così, per es., con più specifico riferimento all'opera di Sinzheimer, si capirebbero meglio certe altrimenti incomprensibili cesure presenti nella sua produzione (non riconducibili solo al suo maggiore coinvolgimento nella SPD) e certe sorprendenti oscillazioni di posizione. Si capirebbero di più anche le ragioni di quel criticismo per così dire «riflessivo» di alcuni degli allievi di Sinzheimer, i quali, pur avendo esplicitato taluni fondamentali limiti e contraddizioni del disegno del maestro, finirono per molti versi per

[54] Cfr. per tutti E. COLLOTTI, *Tendenze*, cit.

rimanervi impigliati essi stessi [55], oppure i motivi più nascosti di certe convergenze del modello sinzheimeriano con quel «socialismo capitalistico» alla Rathenau, anch'esso profondamente condizionato dall'ossessivo, e quasi disperato, bisogno di assimilazione che animava quest'ultimo [56].

Tutto il dibattito giuslavoristico dell'esperienza weimariana si presta, infatti, ad essere letto come una sorta di metafora che proietta sull'*Arbeiter* questo contrastante bisogno di assimilazione, da cui erano mossi questi «giuristi *ed* ebrei», alla ricerca di una duplice dimora: individuale (come *Westjuden*) e collettiva (come comunità). In questo senso mi pare si possa effettivamente parlare di un'*Arbeitsverfassung* non solo sinzheimeriana, ma addirittura weimariana (in considerazione del peso avuto da Sinzheimer sull'ideazione stessa delle disposizioni economiche e del lavoro della seconda parte della costituzione del '19 e della legislazione dei primi anni della repubblica), come stella dell'assimilazione. Una stella, però, che, al pari di quella di Rosenzweig [57], è costituita di tre elementi fondamentali, ma, a differenza di quest'ultima, non solo preclude ogni speranza di *Erlösung*, ma preannunzia già la «disintegrazione» [58] della repubblica.

Anche qui i tre poli dell'ipotetica stella sinzheimeriana

[55] Mi permetto di rinviare al mio *Oltre il diritto del lavoro: un "Holzweg" nell'opera di Franz Neumann*, Introduzione a F. NEUMANN, *Il diritto*, cit., pp. 11 ss.

[56] Cfr. M. CACCIARI, *Walter Rathenau e il suo ambiente*, Bari 1979 e R. RACINARO, *La sintesi e le forme*. Introduzione a W. RATHENAU, *Lo stato nuovo e altri saggi*, Napoli 1980, pp. IX ss. (in questo volume di particolare interesse il saggio *Lavoro*, pp. 39 ss.). Spunti anche in T. MALDONADO, *Tecnica e cultura*, Milano 1979 (ove fra l'altro è pubblicato il notissimo saggio di Rathenau sulla *Meccanizzazione del mondo*, pp. 174 ss.).

[57] F. ROSENZWEIG, *La stella della redenzione*, Casale Monferrato 1986; dello stesso, *Il pensiero nuovo*, Venezia 1983. Per un confronto, al di là del gioco linguistico, con la teoria dello stato, accolta da Rosenzweig (sia pure anteriormente alla stesura della *Stella*, e successivamente abbandonata), sarà, però, opportuno il confronto con F. ROSENZWEIG, *Hegel e lo stato*, Bologna 1976, cui rimane sempre utile (anche se ormai datata) l'Introduzione di Bodei, pp. XI ss.

[58] L'espressione è di G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit.

(singolo lavoratore, sindacato, stato) si collegano formando un duplice triangolo. Ma dalla sovrapposizione di queste due figure, invece dell'immagine lineare della stella della salvezza, affiora solo una fitta (e quasi intricata) rete di linee ascensionali ed orizzontali che già cristallizza quell'immagine di democrazia bloccata, drammaticamente esplicitata negli ultimi anni della repubblica. Così il sindacato (e più generalmente la rappresentanza, aziendale o professionale, dei lavoratori), da un lato, viene visto come lo strumento di «riconquista collettiva» della soggettività contrattuale, irrimediabilmente perduta dal singolo lavoratore, e, dall'altro, viene considerato come *Körperschaft*, idonea a realizzare una trasformazione in senso collettivo delle forme di rappresentanza dello «stato sociale» [59]. Con la conseguenza che i percorsi attraverso cui questo «incessante rinnovamento del mondo» [60] si realizzerà, porteranno il sindacato, da un lato, a porsi come ulteriore limitazione alla libertà (non solo contrattuale) del singolo lavoratore e, dall'altro, ad aggravare la crisi di rappresentanza dello stato postliberale [61]. Analogamente lo stato, da un lato, è visto come soggetto «eteronomo», tendente a realizzare in via legislativa, arbitrale e/o negoziale una contestuale tutela della libertà sindacale e della debolezza contrattuale del singolo lavoratore, e, dall'altro lato, è visto secondo il modello gierkiano come una associazione che unisce non solo singoli individui, ma anche individui già autonomamente organizzati in associazioni [62]. Per modo che, anche in questo caso, l'itinerario tracciato da Sinzheimer, da un lato, porterà l'attività legislativa, arbitrale e contrattuale, svolta dallo stato repubblicano a configurarsi non solo come strumento di tutela ma anche come stru-

[59] Quest'ambiguità è tempestivamente denunziata da E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva*, in *Laboratorio Weimar*, cit., pp. 89 ss. Su quest'importante contributo di Fraenkel cfr. G. E. RUSCONI, *La "kollektive Demokratie" di Fraenkel e il corporativismo contemporaneo*, in «Giornale di diritto del lavoro», 1980, pp. 593 ss.

[60] F. ROSENZWEIG, *La stella*, cit.

[61] Cfr. F. NEUMANN, *Sindacalismo, democrazia, dittatura*, in *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 287 ss.

[62] Cfr. F. NEUMANN, *Libertà di coalizione*, cit.

mento di «duplicazione» della «oggettività» del singolo lavoratore (visto non più solo come oggetto di sfruttamento da parte del datore di lavoro, ma anche come oggetto di protezione da parte dello stato) e come fattore di limitazione e compressione della libertà sindacale dei lavoratori (sempre più irrimediabilmente costretta al perseguimento degli stessi interessi, assunti dallo stato)[63]; dall'altro lato, legherà in maniera talmente inscindibile l'organizzazione sindacale (e più generalmente la rappresentanza collettiva dei lavoratori) ai destini dello stato sociale, al punto da travolgerla inevitabilmente nella disintegrazione di quest'ultimo[64].

5. *Le critiche di Fraenkel e Potthoff all'«Arbeitsverfassung»*

Su questa sospensione del modello sinzheimariano (e più generalmente dell'*Arbeitsverfassung* weimariana) fra contrattualismo e istituzionalismo si soffermarono criticamente, come si è già ricordato, i suoi stessi allievi. In particolare, come osservarono due giuristi (non ebrei), molto vicini al gruppo di Sinzheimer (e, cioè, Heinz Potthoff ed Ernst Fraenkel), il disegno costituzionale (ma già il progetto sinzheimariano) risultava essere il portato della meccanica giustapposizione di due esigenze contrapposte: l'una tendente a valorizzare la «soggettività» (individuale e collettiva) dei lavoratori subordinati; l'altra tendente a razionalizzarne la «oggettività», sia pure attraverso una loro maggiore integrazione nella vita dell'impresa ed una più

[63] Cfr. O. KAHN-FREUND, *Il mutamento della funzione del diritto del lavoro*, in *Laboratorio Weimar*, cit., pp. 221 ss.

[64] È il timore già avvertito da E. FRAENKEL, *Il significato politico del diritto del lavoro*, in *Laboratorio Weimar*, cit., pp. 119 ss. e drammaticamente confermato dagli esiti della repubblica: cfr. comparativamente il notissimo saggio dello stesso autore *Abschied von Weimar*, in E. FRAENKEL, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise*, Darmstadt 1968, pp. 57 ss. In tema cfr. A. BOLAFFI, *Dalla "kollektive Demokratie" al doppio stato nell'analisi di Ernst Fraenkel*, in «Annali della fondazione Feltrinelli», XIII, 1983-4, Milano 1985, pp. 1065 ss.

complessiva socializzazione di quest'ultima. Essi individuarono non solo nel riconoscimento solo programmatico dei diritti fondamentali da parte della costituzione [65], ma anche nel mancato riconoscimento costituzionale dello sciopero e nella disciplina dell'art. 165 RV (col corollario del *Betriebsrätegesetz* del '20) gli esempi più significativi della contraddittorietà della posizione espressa da Sinzheimer e poi recepita dal costituente. Da un lato fu evidenziato come il riconoscimento della libertà sindacale e di contrattazione collettiva, una volta privato del riconoscimento dello sciopero come diritto, non realizzava affatto quell'aspirazione sinzheimariana alla *soziale Selbstgesetzgebung*, perché non solo svuotava il carattere dell'originarietà-prestatualità della contrattazione collettiva, evidenziata proprio da Sinzheimer nel volume del 1906, ma esponeva per di più l'autonormazione collettiva ad una serie di condizionamenti ed interferenze statali che avrebbero alla lunga portato le organizzazioni sindacali ad assumere su di sé la responsabilità delle scelte politiche operate dallo stato e del loro fallimento [66]. Dall'altro lato Fraenkel evidenziò come l'ipotesi di democrazia aziendale, prefigurata dall'art. 165 RV e rilanciata dalla *Wirtschaftsdemokratie* di Fritz Naphtali (cui lo stesso Sinzheimer collaborò), fondandosi sulla frattura fra rappresentanza sindacale e rappresentanza aziendale dei lavoratori non solo avrebbe portato questi ultimi a partecipare alle perdite, ma non anche ai profitti dell'azienda, ma avrebbe rafforzato certe configurazioni istituzional-organicistiche del *Betrieb*, già circolanti nella giurisprudenza del lavoro del periodo weimariano e che sarebbero poi state puntualmente riprese ed esasperate dal nazismo [67].

[65] Cfr. F. NEUMANN, *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar*, in *Il diritto del lavoro*, cit., p. 121 ss.

[66] H. POTTHOFF, *Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsverfassung*, Leipzig 1925 (poi anche in *Arbeitsrecht und Politik*, hrsg. von T. RAMM, Berlin 1966, pp. 1 ss).

[67] E. FRAENKEL, *Dieci anni*, cit.

6. *Per una spiegazione «kultursionistisch» dell'indecisione costituzionale*

Orbene proprio questi due temi e l'indecisione del disegno sinzheimeriano da essi emergente possono consentire di esplicitare meglio il condizionamento su quest'ultimo esercitato dalla condizione di ebreo assimilato del suo ispiratore. Innanzitutto in essi affiora prepotentemente la sospensione del modello sinzheimeriano fra un'ipotesi di «liberazione» collettiva del lavoratore dal «ghetto» della dipendenza economica ed esistenziale dall'imprenditore, ed un'ipotesi di pura e semplice «integrazione» individuale del lavoratore nell'impresa-comunità. Quel che più rileva è che tale sospensione costringe il disegno di Sinzheimer ad una duplice indecisione: da un lato quella fra riaffermazione dei valori soggettivo-individualistici del singolo lavoratore, ed adesione ad un ideale di *Kollektivismus*, in cui l'interesse collettivo deve necessariamente prevalere su quello individuale del singolo lavoratore; dall'altro lato, e conseguentemente, l'indecisione fra configurazione del sindacato (e più generalmente della rappresentanza collettiva dei lavoratori subordinati) come strumento di sublimazione e come strumento di compressione delle istanze di liberazione individuale del singolo lavoratore. Sinzheimer è infatti, da un lato, uno dei più convinti assertori dell'esigenza di riaffermare i valori del *Mensch in dem Recht* [68], tant'è vero che egli fu uno dei primi e più convinti estimatori dell'omonimo volume di Radbruch, da cui anzi trasse ispirazione per un lavoro sul *Mensch in dem Arbeitsrecht*, in cui il lavoratore veniva indicato come l'esempio paradigmatico di quella condizione di debolezza e dipendenza esistenziale ed economica, efficacemente delineata da Radbruch [69]. Ma dall'altro lato egli è il teorico di un *Kollektivismus*, inteso, sì, come riconquista collettiva della parità e libertà contrattuale, perduta dal singolo

[68] G. Radbruch, *Der Mensch im Recht*, Tübingen 1927.

[69] H. Sinzheimer, *Der Mensch im Arbeitsrecht* (1930), in *Arbeitsrecht*, cit., vol. II, pp. 50 ss.

lavoratore, ma, proprio perciò, inteso anche come definitivo riconoscimento della perdita di questa libertà e parità, che possono essere, infatti, solo sublimate sul piano collettivo [70].

Se poi si tiene conto della frattura fra rappresentanza collettiva di tipo sindacale e rappresentanza aziendale di tipo consiliare, che fu tipica dell'esperienza weimariana, ci si accorgerà che effettivamente il momento collettivo diventa, così, il crogiuolo delle indecisioni e delle irrisolutezze dell'ipotesi di democratizzazione dei rapporti di lavoro, proposta da Sinzheimer: in esso non solo si sovrappongono tensioni contrattuali e tensioni istituzionali; esso diventa, altresì, paradossalmente la sede in cui, sia pure in vista di un recupero in qualche modo della soggettività del lavoratore subordinato, di fatto se ne accentua la oggettività: così come egli era stato visto come oggetto di tutela da parte della legge, ora egli viene considerato altresì come oggetto di protezione da parte di un contratto collettivo che, benché inizialmente configurato come strumento di normazione extrastatale, è ormai divenuto sostanzialmente uno strumento eteronomistico, funzionalmente omogeneo alla legge, da cui mutua la idoneità a comprimere le volontà individuali dei soggetti del rapporto di lavoro, anche se rimane ad essa gerarchicamente subordinato [71].

Si potrebbe, in questo senso, affermare che in qualche modo anche l'opera di Sinzheimer fu (sia pur inconsapevolmente) partecipe di quel pensiero nuovo, che proprio in quegli anni si andava affermando nell'ambito dell'ebraismo occidentale [72]. Anche a base del modello sinzheimeriano si può, infatti, ritrovare quella medesima esigenza dialogica, espressa dal «Kultursionismo» di Martin

[70] Sui limiti del *Kollektivismus* sinzheimeriano cfr. già E. FRAENKEL, *Democrazia collettiva*, cit.

[71] Cfr. O. KAHN-FREUND, *Il mutamento della funzione*, cit.

[72] Cfr. G. BONOLA, *Pietre di confine*, Introduzione a F. ROSENZWEIG, *Il pensiero nuovo*, cit., pp. 7 ss., e più diffusamente, M. CACCIARI, *Le icone della legge*, Milano 1983.

Buber [73] e quell'aspirazione a sostituire il rapporto *Ich-es*, tipico dei rapporti (di lavoro) preweimariani, con quello *Ich-Du*, in cui, sia pure solo sul piano collettivo, il lavoratore è finalmente visto come l'altro, con cui il datore di lavoro deve dialogare. Solo che realizzandosi esclusivamente sul piano collettivo, questo riconoscimento come «altro» del lavoratore subordinato non comporta un effettivo superamento del rapporto *Ich-es*. Il quale anzi finisce col duplicarsi, estendendosi dal piano delle relazioni imprenditore-lavoratore a quello delle relazioni sindacato-singolo lavoratore iscritto. L'affermazione di un modello dialogico di tipo esclusivamente collettivo infatti, da un lato, viene pagata con la estensione della subordinazione anche al rapporto fra interessi collettivi ed interessi individuali, confermando, così, drammaticamente la conclusione di Walter Benjamin: «affinché il collettivo porti tratti umani, il singolo deve portare tratti disumani. L'umanità viene sacrificata sul piano dell'esistenza singola, per poter venire in luce su quello dell'esistenza collettiva» [74]. Dall'altro lato, e conseguentemente, il riconoscimento dell'«altro», implicito nel modello dialogico, proprio perché si realizza, dal lato dei lavoratori, solo sul piano collettivo, risulta essere apparente, o, quantomeno, unilaterale: mentre i lavoratori finiscono con l'essere in qualche modo partecipi dei problemi dell'imprenditore, quest'ultimo «riconosce» tutt'al più la sola sfera collettiva degli interessi dei lavoratori, e, quindi, un aspetto affatto parziale della posizione soggettiva di questi ultimi [75]. Ecco perché questo contrattualismo esclusivamente collettivo si coniugherà inscindibilmente con un modello sostanzialmente «codeterminativo» delle relazioni di lavoro all'interno dell'impresa [76], e, più generalmente, con una concezione tendenzialmente istituzional-organicistica di quest'ultima.

[73] M. BUBER, *Il principio dialogico*, Milano 1958.

[74] W. BENJAMIN, *Schriften*, II/3, Frankfurt a.M. 1982, p. 1102.

[75] Sul carattere necessariamente individuale del rapporto con «l'altro», proposto da Buber insiste E. LEVINAS, *Nomi propri*, cit., pp. 21 ss.

[76] Cfr. S. SIMITIS, *Von der institutionalisierten zur problembezogen Mitbestimmung*, in «Arbeit und Recht», 1976, pp. 321 ss.

7. *Emigrazione come diaspora: l'esilio dei giuslavoristi weimariani e il rinnovamento dalle scienze politico-sociali*

Dietro la disperata stella dell'assimilazione dell'*Arbeitsverfassung* sinzheimeriana affiora, così, non solo una nuova, possibile chiave di lettura degli atteggiamenti politico-culturali di questi giuristi ed ebrei, ma anche una diversa spiegazione della loro sostanziale condivisione di costruzioni di segno antidemocratico: a cominciare dalle teorie comunitarie dell'azienda e dello stato. Essa preannunzia, perciò, già la maschera dell'*Arbeiter* jungheriano [77]: tant'è vero che, nell'ultimo scritto del periodo weimariano, sarà lo stesso Sinzheimer a dover riconoscere che «si vive in un'epoca in cui le macchine valgono più degli uomini» [78]. Ma così come non saprà percepire il contributo (involontariamente) reso all'affermazione di concezioni istituzional-autoritarie dei rapporti di lavoro [79], analogamente Sinzheimer non saprà rendersi conto del non minore contributo reso dal suo modello contrattual-istituzionale (e più generalmente dal suo modello di giuridificazione dei rapporti di lavoro, carico di implicazioni «colonizzatrici» [80]) all'affermazione di quella situazione di *totale Mobilmachung* [81], da lui stesso successivamente denunziata.

Quel che Sinzheimer non riuscì a vedere, fu, invece, lucidamente percepito dai suoi allievi ed innanzitutto da Neumann e Kahn-Freund, per i quali l'emigrazione non significò, come per il loro maestro, soltanto rimpianto per

[77] E. JUNGER, *L'operaio*, Milano 1985.

[78] H. SINZHEIMER, *La crisi del diritto del lavoro*, in *Laboratorio Weimar*, cit., p. 80.

[79] Cfr. invece E. FRAENKEL, *Hugo Sinzheimer*, cit., nonché O. KIRCHHEIMER, Introduzione a E. FRAENKEL - H. SINZHEIMER, *Die Justiz in der Weimarer Republik*, Berlin 1968 pp. 11 ss.

[80] J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, II, Bologna 1986, e più specificamente sui rapporti di lavoro S. SIMITIS, *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in «Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali», 1985, pp. 270 ss.

[81] E. JUNGER, *La mobilitazione totale*, in «Il Mulino», 1985.

«un intero mondo che è scomparso» [82], ma anche profondo rinnovamento di metodo e di risultati scientifici. Benché già durante gli ultimi anni dell'esperimento weimariano, essi avessero cominciato a mettere in discussione alcuni dei pilastri del modello sinzheimeriano, fu solo nel corso dell'emigrazione che questi spunti riuscirono ad arrivare a piena maturazione, e si tradussero nella critica del concetto stesso di pluralismo, posto a base della loro riflessione weimariana [83]. Durante gli ultimi anni dell'esperienza repubblicana, invece, anche essi finirono, nonostante le prese di distanza e gli atteggiamenti critici, col cadere in molti degli errori e delle contraddizioni rimproverati al maestro: esemplare in questo senso la posizione di Neumann, che, dopo aver spregiudicatamente denunziato i limiti dell'ipotesi di «socializzazione» posta a base dell'art. 165 RV e rilanciata da Sinzheimer nella *Wirtschaftsdemokratie* di Naphtali, non solo condivise con quest'ultimo l'enfatizzazione dell'*Arbeitsgerichtsgesetz* del '25 (il cui coinvolgimento sindacale negli organi giudicanti fu visto come possibile modello per una nuova ipotesi di democrazia collettiva) [84], ma arrivò a proporre un progetto di legge sui monopoli, fondato sugli stessi principi [85].

Fu solo con l'emigrazione che questi giuristi ed ebrei uscirono dallo «stallo» del periodo weimariano, evidenziando l'ambiguità di un modello politico-giuridico di stampo «semicorporativo» [86], ancora fondato su un concetto statolatrico di pluralismo e perciò tutto interno alla

[82] O. KAHN-FREUND, *Intervista a Bob Hepple*, in «Rivista giuridica del lavoro», 1979.

[83] Cfr. O. KAHN-FREUND, *Ricordi della repubblica di Weimar*, in «Democrazia e Diritto», XXIII, 1982, pp. 71 ss.

[84] F. NEUMANN, *Il significato politico e sociale della giurisprudenza dei tribunali del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, cit.

[85] F. NEUMANN, *Der Entwurf eines Monopol- und Kartellgesetzes*, in «Die Arbeit», 1930, pp. 773 ss.

[86] F. NEUMANN, *Il movimento operaio nella Germania occidentale*, in *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 409 ss.

tradizione giuridica tedesca [87], ed approdarono, così, ad un profondo rinnovamento teorico e metodologico.

Quello dell'emigrazione costituisce, però, un tema troppo ampio per poter essere anche solo affrontato in questa sede, non solo perché bisognerebbe esaminare singolarmente le esperienze personali di ciascuno dei giuslavoristi considerati (confrontandole non solo con quelle degli altri giuslavoristi, ma anche degli altri intellettuali tedeschi costretti a questo passaggio da sponda a sponda), ma anche perché bisognerebbe verificare per ciascuno di essi che cosa effettivamente significò l'impatto con una cultura «altra» [88] (tenendo conto anche del fatto che qualcuno più tardi ritornò in una delle due Germanie, mentre altri scelsero di non tornare) [89].

Nella speranza che a questo tema possa essere dedicato una specifica giornata di studio, mi pare che in questa sede si possa solo affermare che per Kahn-Freund la London School of Economics, prima, e la scuola di relazioni industriali di Oxford, poi [90]; per Neumann, l'incontro con Laski in Inghilterra e la collaborazione all'emigrato Institut für Sozialforschung [91], costituirono l'occasione non solo per un radicale mutamento metodologico e scientifico (che almeno per Neumann si tradusse addirittura nel distacco dal diritto del lavoro), ma anche per un non meno radicale mutamento di atteggiamento nei confronti della loro radice ebraica. Sia pure nella diversità degli interessi

[87] Cfr. O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, London 1977², ove l'autore afferma di sostenere ormai una visione «non ideologica» del pluralismo.

[88] Per un più generale inquadramento cfr. H. STUART HUGHES, *Da sponda a sponda*, Bologna 1977, pp. 141 ss. (specificamente su Neumann) e M. JAY, *L'immaginazione dialettica*, Torino 1978, pp. 224 ss.

[89] Cfr. E. KRIPPENDORFF, *La ricostruzione delle scienze politiche nella Germania federale del dopoguerra e l'immigrazione di ritorno*, in T. BONAZZI, *America-Europa: la circolazione delle idee*, Bologna 1976, pp. 117 ss.

[90] Cfr. J. CLARK - R. LEWIS, Introduzione a O. KAHN-FREUND, *Labour*, cit., pp. 36 ss.

[91] Cfr. A. SÖLLNER, Introduzione a F. NEUMANN, *Witschaft, Staat, Demokratie*, Frankfurt a.M. 1978, pp. 7 ss., e più recentemente, R. ERD, *Reform und Resignation. Gespräche über Franz Neumann*, Frankfurt a.M. 1985.

perseguiti, ad entrambi gli autori rimase, infatti, comune non solo lo sforzo incessante di non subire passivamente le nuove esperienze, ma di «inserir[le] nella tradizione avita» [92], ma anche la capacità di distinguere «fra ciò che è intrinseco [al sistema studiato] . . . e ciò che è ambientale», o, secondo la tradizionale terminologia filosofica, fra ciò che è «essenziale» e ciò che è «accidentale» [93]. Una capacità, questa, che, come ebbe ad affermare Kahn-Freund in uno dei suoi ultimi scritti, costituisce «per un emigrato non una scelta, ma un destino» [94]. Ed è proprio in questo «destino» di distinguere che si riannodano emblematicamente i termini nuovi entro cui l'«essere ebrei» continuò a condizionare il modo di «essere giuristi» di questi intellettuali, anche durante l'emigrazione, al punto che Kahn-Freund non esiterà ad avvicinare il ruolo del giurista e quello del teologo [95]. Esso testimonia come il rifiuto e la negazione di questa radice ha ormai definitivamente fatto posto alla consapevolezza che essere ebrei significa, per dirla con Blanchot, «essere votati alla dispersione, perché, pur destinando ad una dimora senza luogo, pur rendendo impossibile qualsiasi rapporto fisso con un individuo, un gruppo o uno stato, la dispersione fa sorgere, al di là dell'esigenza del tutto, un'esigenza del tutto diversa, e finisce col distruggere la tentazione dell'unità-identità» [96].

[92] F. NEUMANN, *Emigrazione intellettuale*, cit.

[93] O. KAHN-FREUND, *Relazioni sindacali*, cit., p. 414.

[94] *Ibidem*.

[95] O. KAHN FREUND, *Refrexions on Legal Education*, in «Modern Law Review», 1966, p. 121

[96] M. BLANCHOT, *L'infinito intrattenimento*, Torino 1977, p. 165.